

Titel	Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren
Buchautoren	Christophe A. Herzig
Jahr	2012
Herausgeber	Peter Gauch
Serie/Reihe	AISUF Band/Nr. 318
ISBN	978-3-7255-6609-9
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

§ 5 Die Verfahrensgrundsätze (Prozessmaximen)

- 170 Verfahrensfragen werden in grundsätzlicher Weise durch die Verfahrensgrundsätze (Prozessmaximen; Art. 52 ff. ZPO) geregelt. Diese bestimmen insbesondere, was das Gericht und die Parteien tun müssen und wie sie dabei vorzugehen haben.²²³ In der Regel kommt im schweizerischen Zivilprozessrecht einerseits die **Dispositionsmaxime** (Verfügungsgrundsatz; vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO) zur Anwendung: Die Parteien entscheiden, wann und worüber ein Prozess stattfinden und wie lange dieser dauern soll. Sie haben die Befugnis, über den Streitgegenstand zu bestimmen (prozessuale Seite der Privatautonomie).²²⁴ Andererseits kommt die **Verhandlungsmaxime** (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO) zum Tragen: Das Gericht darf nicht von sich aus den Sachverhalt erforschen. Vielmehr sind die von den Parteien behaupteten Tatsachen Gegenstand des Prozesses.²²⁵ Und schliesslich überwiegt im Zivilprozess das **Öffentlichkeitsprinzip** (Art. 54 Abs. 1 ZPO): Für die Gesellschaft

sind das Verfahren und die Urteilsverkündung zugänglich.²²⁶ Die Verfahrensgrundsätze gelten meistens nur in beschränkter Weise.²²⁷

²²³ Vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 1 f.; Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 1 f.; Sutter-Somm, N 264; Berger/Güngerich, N 498 f.; Meier/Ottomann, S. 76 (Maximen wirken systembildend; *maxima regula* = *oberste Regel*); Habscheid, Vorbem. zu § 45.

²²⁴ Vgl. dazu Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 2 und N 5 ff.; Sutter-Somm, N 272 ff.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 3 ff.; Berger/Güngerich, N 517 ff.; Guldener, S. 148 ff.; Walder-Richli/Grob-Andermacher, § 16; Meier/Ottomann, S. 90 f.; Kummer, S. 80 f.; Walder-Richli/Grob-Andermacher, Tafeln, S. 45; Habscheid, N 534 ff. („Wo kein Kläger ist, ist auch kein Richter. Ne procedat iudex ex officio.“).

²²⁵ Vgl. dazu Sutter-Somm, N 296 ff.; Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 2 und N 11 ff.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 15 ff.; Berger/Güngerich, N 500 ff.; Guldener, S. 159 ff. („Das Gericht darf nur solche Tatsachen seinem Urteil zugrunde legen, die von einer Partei im Prozess behauptet worden sind. Der Tatbestand darf nicht von Amtes wegen ergänzt oder berichtigt werden. Quod non est in actis non est in mundo. Da mihi facta et dabo tibi ius.“); Walder-Richli/Grob-Andermacher, § 17; Kummer, S. 76 f.; Habscheid, N 538 ff.

²²⁶ Sutter-Somm, N 354 ff.; Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 4 und N 82 ff.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 61 f.; Berger/Güngerich, N 543; Guldener, S. 186 f.; Walder-Richli/Grob-Andermacher, § 23; Kummer, S. 85; Habscheid, N 551 und vergleiche zur Dominanz dieser Prinzipien im Zivilprozess: Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 2; Sutter-Somm, N 269; Walder-Richli/Grob-Andermacher, § 16 f. und 23; Habscheid, N 534, 538 und 551.

²²⁷ Sutter-Somm, N 270; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 7.

- 171 Für **Kinderbelange** in familienrechtlichen Verfahren müssen jedoch **andere Maximen** gelten, da auf die speziellen Bedürfnisse und die Schutzbedürftigkeit von Kindern Rücksicht genommen werden muss und die einzelnen Verfahren entsprechend ausgestaltet sein sollten (vgl. Art. 11 Abs. 1 BV).
- 172 Aus diesen Gründen kommen in den entsprechenden Verfahren der **Offizial- und der Untersuchungsgrundsatz** (N 173 ff.) zur Anwendung, und die **Öffentlichkeit** ist weitestgehend **ausgeschlossen**, da die familiäre Geheimsphäre respektiert werden soll (N 213 ff.).²²⁸ Zudem gilt es das allgemein anwendbare **Beschleunigungsgebot** (N 217 ff.) sowie den **Anspruch auf rechtliches Gehör** (N 222 ff.) zu beachten.

I. Offizial- und Untersuchungsgrundsatz

1. Offizialgrundsatz

- 173 Die Offizialmaxime (Gegenstück der Dispositionsmaxime) spielt in den **familienrechtlichen Prozessen** eine tragende Rolle. Aus sozialen Gründen kann der Streitgegenstand der freien Verfügung der Parteien entzogen sein. Das öffentliche Interesse, insbesondere der Schutz der schwächeren Partei, rechtfertigt dabei die Anwendung der Offizialmaxime. Durch sie werden auch Kinder geschützt.²²⁹ In den Kinderbelangen besteht ein verstärktes Bedürfnis nach Schutz und ein erhöhtes Interesse an der materiellen Wahrheit,

75

und deren Erforschung soll gefördert werden.²³⁰ Dieses Schutzbedürfnis besteht grundsätzlich auch für volljährige Kinder, da ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Kind und seinen Eltern bestehen bleibt. Dabei ist in erster Linie an die selbständige Unterhaltsklage zu denken, mit der ein volljähriges Kind seinen Mündigenunterhalt einfordert (vgl. N 782).²³¹ Mithin wird die Offizialmaxime in **Prozessen betreffend Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten** vorgeschrieben (Art. 296 Abs. 3 i.V.m. Art. 58 Abs. 2 ZPO; Art. 446 Abs. 3 und 4 nZGB).²³²

- 174 Die Anwendbarkeit der Offizialmaxime zeitigt zahlreiche Auswirkungen auf das Verfahren:

Die Offizialmaxime ist im Zivilprozess die Ausnahme²³³ und bezieht sich wie die Dispositionsmaxime auf die Frage, inwieweit die Parteien über den Beginn und das Ende und über den Gegenstand des Prozesses verfügen können.²³⁴ Gilt der Offizialgrundsatz so kann das Gericht (oder die Kindesschutzbehörde) einer Partei mehr oder anderes zusprechen, als die Partei selbst verlangt hat (z.B. im Kindesunterhalt bei den Scheidungsfolgen, Art. 133 Abs. 1 und 2 ZGB), und es hat gegebenenfalls auch ohne Parteiantrag zu entscheiden (z.B. Anordnung der Kindesvertretung). Folglich können die Parteien nicht allein über den Streitgegenstand

²²⁸ Vgl. dazu Sutter-Somm, N 287, 366 f. und N 857 ff.

²²⁹ Vgl. Sutter-Somm, N 287 und N 857 ff.; Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 32 und N 37; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 7.

²³⁰ BGE 118 II 93 (94) E. 1a; Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 37.

²³¹ Vgl. Sutter-Somm/Kobel, N 919 ff.

²³² Vgl. BGer 5A_402/2011 E. 5.1; Sutter-Somm, N 288; Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 37; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 7; Frei, S. 28; Habscheid, N 535; Vouilloz, ZPO, N 135; Vouilloz, N 130; Hofmann/Lüscher, S. 185; Gasser/Rickli, ZPO-KK zu Art. 58 ZPO, N 2 f. und zu Art. 296 ZPO, N 3; Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 29; Botschaft ZPO, 7366; Bericht ZPO, 122; Botschaft nZGB, 7077 ff.

²³³ Sutter-Somm, N 269; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 7.

²³⁴ Vgl. Sutter-Somm, N 286; Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 31 und N 34; Walder-Richli/Grob-Andermacher, Tafeln, S. 35; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 6; Habscheid, N 534. *Ob ein Rechtsmittel ergriffen werden soll und in welchem Umfang, steht jedoch in der Disposition der Parteien* (BGE 137 III 617 (620) E. 4.5.3).

verfügen, da die **Behörde nicht an die Parteianträge gebunden** ist (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO; Art. 446 Abs. 3 nZGB).²³⁵ Das Verfahren

76

kann in der Regel nicht vorzeitig durch einen gerichtlichen Vergleich beendet werden (vgl. N 671). Das bedeutet, dass die Verfügungsfähigkeit über den Streitgegenstand den Parteien diesbezüglich abgeht.²³⁶ Auch ist die Anerkennung des Klagebegehrens ausgeschlossen, und auf die Klage kann nicht im Voraus verzichtet werden. In diesen Verfahren ist das Verbot der *reformatio in peius* nicht anwendbar²³⁷. Weiter ist der Rechtsschutz in klaren Fällen ausgeschlossen (vgl. Art. 257 Abs. 1 und 2 ZPO).²³⁸

Aufgrund der Anwendbarkeit des Officialgrundsatzes muss das Gericht für jeden Einzelfall in familienrechtlichen Verfahren mit Kinderbelangen der ZPO prüfen, ob es den Parteien eine **Mediation** empfehlen soll (vgl. Art. 214 Abs. 1 ZPO; N 692). Dasselbe gilt analog auch für eherechtliche Verfahren mit Kinderbelangen, mit dem Unterschied aber, dass das Gericht gegebenenfalls die Mediation nicht bloss zu empfehlen, sondern die Parteien zu einem Mediationsversuch aufzufordern (vgl. Art. 297 Abs. 2 ZPO; N 693 und 718 ff.) oder sogar eine Pflichtmediation anzuordnen hat (vgl. N 718 ff.).

Da der Officialgrundsatz auch im Kindesschutzverfahren anwendbar ist (Art. 446 Abs. 3 und 4 nZGB),²³⁹ muss auch die Kindesschutzbehörde für jeden Einzelfall prüfen, ob die Parteien zu einem Mediationsversuch aufzufordern sind (vgl. Art. 314 Abs. 2 nZGB; N 714 und 718 ff.) oder eine Pflichtmediation anzuordnen ist (vgl. N 718 ff.).

Aufgrund der Officialmaxime in familienrechtlichen Verfahren mit Kinderbelangen gilt auch keine eingeschränkte Kognition bei der Prüfung, ob eine **Vereinbarung**, welche im Rahmen einer **Mediation** über Kinderbelange zustande kam, genehmigt werden kann (Art. 217 ZPO). Das

77

Gericht (bzw. die Kindesschutzbehörde) nimmt vielmehr eine **umfassende Prüfung** vor (vgl. N 699).²⁴⁰

Das Gericht kann, gestützt auf die Official- und Untersuchungsmaxime, von Amtes wegen und ohne Antrag der Parteien die **vorsorglichen Massnahmen** i.S.v. Art. 303 ZPO (vorläufige Bezahlung bzw. Sicherstellung des Unterhalts im Rahmen der kombinierten Unterhalts- und Vaterschaftsklage) erlassen. Zudem ist es gegebenenfalls auch nicht an die in einem Gesuch einer Partei festgehaltene Art der Sicherheitsleistung gebunden (vgl. N 757; Art. 100 ZPO).²⁴¹

Im Rahmen eines Vaterschaftsprozesses ist das Gericht nicht an die Behauptungen der Parteien gebunden. Legt mithin der Beklagte ein Geständnis ab, dass er der Mutter zur fraglichen Zeit beigeohnt hat, so ist das Gericht nicht daran gebunden. Zudem kann eine Klage auf Beseitigung des Kindesverhältnisses nicht anerkannt werden. Hingegen kann eine Vaterschaftsklage anerkannt werden (Art. 260 Abs. 3 ZGB). Weiter können die **Abstammungsklagen** (vgl. N 813 ff.) nicht Gegenstand einer Schiedsabrede sein und auf das Klagerecht kann nicht im Voraus verzichtet werden (vgl. N 659).²⁴²

²³⁵ Vgl. BGE 137 III 617 (620) E. 4.5.2; 128 III 411 (412); E. 3.1; 118 II 93 (94) E. 1a; Botschaft ZPO, 7367; Sutter-Somm, N 286 und 292; Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 34; Edelmann, S. 88 ff.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 12; Walder-Richli/Grob-Andermacher, § 18 N 1; Habscheid, N 535; Frei, S. 28; Vouilloz, ZPO, N 136 und 139.

²³⁶ Vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 9; Sutter-Somm, N 286; Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 34; Schweighauser, FamKomm zu Art. 296 ZPO, N 38.

²³⁷ BGE 129 III 417 (420) E. 2.1.1.

²³⁸ Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 30.

²³⁹ Vgl. Botschaft nZGB, 7077 ff.

²⁴⁰ Vgl. Schweighauser, FamKomm zu Art. 297 ZPO, N 12.

²⁴¹ Vgl. Steck, BaK zu Art. 303 ZPO, N 11.

²⁴² Pfänder Baumann, Komm.-ZPO zu Art. 296 ZPO, N 2.

Der Antrag der Eltern oder der Kindesvertretung, dass eine **Anhörung** durchzuführen oder von der Anhörung abzusehen sei, ist aufgrund des Oficialgrundsatzes für das Gericht nicht verbindlich (vgl. N 400).

2. Untersuchungsgrundsatz

A. Begriff und Anwendungsbereich

- 175 Die Untersuchungsmaxime (Gegenstück der Verhandlungsmaxime) dient der **Ermittlung der materiellen Wahrheit**. Wie die Oficialmaxime dient sie dem Schutz der schwächeren Partei und schützt somit auch das Kind. Auch das volljährige Kind bedarf in der Regel dieses Schutzes, da ein gewisses

78

Abhängigkeitsverhältnis – insbesondere beim Mündigenunterhalt – zwischen dem Kind und seinen Eltern über seine Volljährigkeit hinaus bestehen bleibt. Bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten wird die Untersuchungsmaxime von Bundesrechts wegen vorgeschrieben.²⁴³

- 176 Für alle Kinderbelange in familienrechtlichen Verfahren gilt die **uneingeschränkte** (verstärkte) **Untersuchungsmaxime** („maxime inquisitoire pure“ oder „maxime inquisitoire au sens strict“) (Art. 296 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZPO).²⁴⁴ Sie gilt auch im Kindesschutzverfahren (Art. 446 Abs. 1 nZGB).²⁴⁵

- 177 Das Gericht hat mithin den **Sachverhalt zu erforschen**²⁴⁶ und von sich aus ohne Parteiantrag und unabhängig von Kostenüberlegungen oder Arbeitsbelastung jede Abklärung zu treffen, die nötig und geeignet ist, den massgeblichen Sachverhalt zu ermitteln.²⁴⁷

- 178 Sodann muss das Gericht die **Parteien ausführlich befragen**, es muss die prozess- und beweisrelevanten Materialien von den Parteien verlangen und

79

die Zeugen eruiieren. Das Gericht kann zweckdienliche Beweiserhebungen durchführen.²⁴⁸

²⁴³ Vgl. BGer, 5A_742/2008 E. 4.3; BGE 130 III 734 (735) E. 2.2.2; 128 III 411 (413 f.) E. 3.2.1; Sutter-Somm, N 321 ff.; vgl. ferner auch Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 32 und N 39 ff. (u.a. mit dem Hinweis, dass dem Zivilgericht kein Ermittlungsapparat [Polizei] wie der Strafuntersuchungsbehörde zur Verfügung steht); Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 24 ff.; Frei, S. 28; Habscheid, N 538; Botschaft ZPO, 7366; Bericht ZPO, 122. So darf beispielsweise im Rahmen eines Eheschutzverfahrens trotz des summarischen Charakters nur dann auf aufwändige Beweissmassnahmen verzichtet werden, wenn keine Anhaltspunkte für einen qualifizierten Abklärungsbedarf bestehen, da sonst gegen die Untersuchungsmaxime verstossen wird. Im Zusammenhang mit den Verfahren, in denen die Untersuchungsmaxime anwendbar ist, spricht man vom sog. sozialen Zivilprozess.

²⁴⁴ Vgl. BGer 5A_402/2011 E. 5.1; 5C.247/2004 E. 6.2; Jeandin, CPC-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 3; Leuenberger/Uffer-Tobler, N 11.251; Dietschy, N 41; Vouilloz, ZPO, N 135; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 32 f.; Sutter-Somm, N 327; Botschaft ZPO, 7366.

²⁴⁵ Vgl. BGer 5C.14/2005 E. 1.2.3; Botschaft nZGB, 7077 ff.; vgl. ferner auch Bernhart, N 471 ff.

²⁴⁶ Es geht also um die Erforschung („investigation“) und nicht wie im Vergleich zur eingeschränkten Untersuchungsmaxime lediglich um die Feststellung („constatation“) des Sachverhalts.

²⁴⁷ Vgl. Botschaft ZPO, 7366; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 12; Schweighauser; FamKomm zu Art. 296 ZPO, N 12; Leuenberger/Uffer-Tobler, N 11.251.

²⁴⁸ Vgl. Sutter-Somm, N 324; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 26; Guldener, S. 169 (er differenziert jedoch nicht zwischen Oficial- und Untersuchungsmaxime); Walder-Richli/Grob-Andermacher, § 18 N 1.

B. Mitwirkungspflicht im Zivil- und Kindesschutzverfahren

a) Im Zivilverfahren

aa) Allgemeines

- 179 Im Zivilprozess haben die Parteien **trotz Untersuchungsmaxime** eine **Mitwirkungspflicht**: Art. 160 ZPO verpflichtet die Parteien und Dritte zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung. Sie haben als Partei, als Zeugin oder als Zeuge wahrheitsgemäss auszusagen; sie müssen Urkunden²⁴⁹ dem Gericht aushändigen (sog. Editionsspflicht) und einen Augenschein an Person oder Eigentum durch Sachverständige dulden.²⁵⁰
- 180 Während Dritte eine eigentliche (echte) Mitwirkungspflicht haben, trifft die Parteien in der Regel eine **sog. Mitwirkungslast** (Obliegenheit; prozessuale Last). Mithin droht Dritten bei der ungerechtfertigten²⁵¹ Verweigerung der Mitwirkung Sanktionen (vgl. Art. 167 ZPO), während die Parteien mit prozessualen Nachteilen rechnen müssen (vgl. Art. 164 ZPO).²⁵² Damit kann ein renitentes oder unkooperatives Verhalten einer Partei weder mit Ordnungsbusse noch mit Strafdrohung sanktioniert oder das gewünschte Verhalten direkt erzwungen werden. Das Gericht kann jedoch dieses Verhalten bei der Beweiswürdigung berücksichtigen (Art. 164 ZPO), indem es die unberechtigte

80

Ablehnung der Mitwirkung als ein Indiz für das Bestehen jener Tatsache erblickt, welche durch die Mitwirkung hätte bewiesen werden sollen.²⁵³

bb) Echte Mitwirkungspflicht bei Abklärung der Abstammung auch für die Parteien

- 181 Für **Abstammungsprozesse** wird in Übereinstimmung mit der Untersuchungsmaxime präzisiert, dass die Parteien und Dritte an sämtlichen Untersuchungen mitzuwirken haben, die zur Aufklärung der Abstammung nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind (vgl. ausführlich dazu N 850 ff.; Art. 296 Abs. 2 ZPO). Mithin sind die Verweigerungsrechte der Parteien und von Dritten nicht anwendbar (Art. 296 Abs. 2 in fine ZPO; 163 ZPO).²⁵⁴
- 182 In diesem Zusammenhang trifft die Parteien nicht bloss eine prozessuale Last (vgl. N 180), sondern eine **echte Mitwirkungspflicht**.²⁵⁵

²⁴⁹ Davon ausgenommen sind Urkunden, die als anwaltliche Korrespondenz einzustufen sind, da die interne Prozessvorbereitung sichergestellt werden soll (z.B. Abgabe von Einschätzungen der Prozessrisiken) (vgl. dazu Hasenböhler, ZPO-Komm. zu Art. 160 ZPO, N 6 f.).

²⁵⁰ Botschaft ZPO, 7313 und 7316; vgl. auch Schweighauser, FamKomm zu Art. 296 ZPO, N 13; Dietschy, N 42; Vouilloz, ZPO, N 135.

²⁵¹ Ungerechtfertigt ist eine Verweigerung, wenn kein Verweigerungsgrund vorliegt (Hasenböhler, ZPO-Komm. zu Art. 164 ZPO, N 3).

²⁵² Schmid, KUKO zu Art. 160 ZPO, N 1; vgl. auch Botschaft ZPO, 7316 f.

²⁵³ Hasenböhler, ZPO-Komm. zu Art. 160 ZPO, N 9 und Art. 164 ZPO, N 4 ff. Er lehnt – meiner Ansicht nach zu Recht – die in der Lehre zum Teil vertretene Meinung ab, Art. 164 ZPO begründe eine formelle Beweisregel, die praktisch in vielen Fällen in eine Umkehr der Beweislast münde und das Gericht dann den behaupteten Inhalt als wahr ansehen würde, mit der Folge, dass die beklagte Partei dann faktisch den Gegenbeweis antreten müsse (Stahelin/Stahelin/Grolimund, § 18 N 82). Denn dies widerspricht dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Folglich kann nicht einfach automatisch auf den Nachweis der Tatsache geschlossen werden, die mit der Mitwirkung hätte bewiesen werden sollen. Vgl. dazu auch relativ ausführlich Schmid, KUKO zu Art. 157 ZPO, N 12.

²⁵⁴ Botschaft ZPO, 7367; Leuenberger/Uffer-Tobler, N 11.252.

²⁵⁵ Vgl. Botschaft ZPO, 7317; Schmid, BaK zu Art. 164 ZPO, N 1.

cc) Mitwirkungspflicht Minderjähriger im Besonderen

- 183 Über die Mitwirkungspflicht einer minderjährigen Person entscheidet das Gericht nach **freiem Ermessen** und berücksichtigt dabei das **Kindeswohl** (Art. 160 Abs. 2 ZPO). Das bedeutet, dass es keine Mindestaltersgrenze und keine anderen schematischen Schranken gibt. Grundsätzlich besteht auch für ein Kind die Mitwirkungspflicht, doch das Gericht muss für jeden Einzelfall prüfen, ob das Kindeswohl den Ausschluss der Mitwirkungspflicht gebietet. Es berücksichtigt dabei namentlich die Reife des Kindes, die Beziehung zu

81

- den Parteien, das Beweisthema²⁵⁶ sowie eine mögliche Beeinträchtigung des psychischen oder physischen Wohls des Kindes.²⁵⁷ Bei dieser Bestimmung geht es nicht um die Anhörung des Kindes, sondern um die Zeugnisfähigkeit und die sonstige Mitwirkung.²⁵⁸
- 184 Hingegen steht das freie Ermessen gemäss Art. 160 Abs. 2 ZPO dem Gericht in Verfahren, in denen es um die **Abklärung der Abstammung** geht, nicht zur Verfügung, da zur Aufklärung der Abstammung alle Personen und somit auch Minderjährige mitzuwirken haben, es sei denn, es bestehe eine erhebliche Gefahr für ihre Gesundheit (vgl. N 181 ff. sowie 808 ff.). Namentlich stellt das Alter des Kindes keinen Verweigerungsgrund dar.²⁵⁹ Mithin geht die lex specialis von Art. 296 Abs. 2 ZPO der lex generalis von Art. 160 Abs. 2 ZPO vor.
- 185 Minderjährige können die ihnen zustehenden **Mitwirkungsverweigerungsrechte** (vgl. Art. 163 ff. ZPO²⁶⁰) selber ausüben, sofern sie urteilsfähig sind, da diese ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen. Da es sich dabei um ein relativ höchstpersönliches Recht handelt, entscheidet bei Urteilsunfähigkeit der gesetzliche Vertreter bzw. gegebenenfalls der Beistand (oder die Kindesvertretung) über die Ausübung des Verweigerungsrechtes.²⁶¹

82

b) Im Kindesschutzverfahren

- 186 Auch im Kindesschutzverfahren trifft die beteiligten Personen zur Abklärung des Sachverhalts eine Mitwirkungspflicht (Art. 448 nZGB). Diese umfasst insbesondere die Pflicht der am Verfahren beteiligten Personen und Dritter zur Erteilung der erforderlichen mündlichen oder schriftlichen Auskünfte, zu Zeugenaussagen, zur Herausgabe von Urkunden und zur Duldung von ärztlichen und behördlichen Untersuchungen sowie von Augenscheinen.²⁶²
- 187 Im Gegensatz zur ZPO wird im Kindesschutzverfahren nicht zwischen der prozessualen Last, welche die Parteien trifft, und der echten Mitwirkungspflicht Dritter unterschieden. Vielmehr erstreckt sich im Kindesschutzverfahren die **echte**

²⁵⁶ Mit Beweisthema wird die Behauptung bezeichnet, die mit einem Beweismittel bewiesen werden soll.

²⁵⁷ Vgl. Botschaft ZPO, 7316; Schmid, BaK zu Art. 160 ZPO, N 58 ff.; Hasenböhler, ZPO Kommentar zu Art. 160 ZPO, N 12 ff.

²⁵⁸ Vgl. Schmid, KUKO zu Art. 160 ZPO, N 10.

²⁵⁹ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 29; Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 24.

²⁶⁰ Eine Partei kann gemäss Art. 163 Abs. 1 ZPO die Mitwirkung verweigern, wenn sie entweder eine ihr i.S.v. Art. 165 ZPO nahestehende Person (z.B. Verwandte) der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder zivilrechtlicher Verantwortlichkeit aussetzen würde oder wenn sie sich wegen Verletzung eines Geheimnisses nach Art. 321 StGB strafbar machen würde. Vergleiche zu den Verweigerungsrechten Dritter Art. 165 f. ZPO. Aus berechtigter Verweigerung darf weder einer Partei noch einer Drittperson ein Nachteil entstehen (Botschaft ZPO, 7316).

²⁶¹ Vgl. Schmid, BaK zu Art. 160 ZPO, N 63.

²⁶² Botschaft nZGB, 7080; vgl. dazu auch Schmid, Erwachsenenschutz-Kommentar zu Art. 448 nZGB, N 3; Rosch/Büchler/Jakob, Kommentar zu Art. 448 nZGB, N 1.

Mitwirkungspflicht auch auf die **Parteien**.²⁶³ Die Mitwirkungspflicht kann nötigenfalls auch zwangsweise durchgesetzt werden. Dabei gilt es jedoch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren, d.h. die Duldung muss nach den konkreten Umständen zumutbar sein, und die Anordnung darf nicht weiter gehen als unbedingt nötig. Die zur Anwendung kommenden Zwangsmittel müssen gesetzlich geregelt sein. Soweit das kantonale Recht nichts anderes anordnet, kommen für die Anordnung und Durchführung der Untersuchungshandlungen die einschlägigen Bestimmungen der ZPO zur Anwendung (Art. 450f nZGB). Da die Durchführung der Mitwirkungspflicht oftmals mit Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte verbunden ist, muss die Kindesschutzbehörde in jedem Einzelfall nach Vornahme einer Interessenabwägung die zur Wahrung schutzwürdiger Interessen erforderlichen Anordnungen treffen.²⁶⁴ Die Behörde muss eine Interessenabwägung zwischen den Schutzinteressen und dem Interesse an der Teilnahme und Einsicht bzw. dem Beweisinteresse vornehmen.²⁶⁵ Gerade das **Wohl des Kindes** ist ein schutzwürdiges Interesse. So kann die Behörde

83

gegebenenfalls die Zahl der Personen, die der Abnahme beiwohnen, begrenzen oder die Abnahme an eine qualifizierte Fachperson delegieren.²⁶⁶

C. Beweismittel

- 188 Grundsätzlich gibt es im Zivilprozess einen Numerus clausus an zugelassenen Beweismitteln. Die Aufzählung in Art. 168 Abs. 1 ZPO (Zeugnis, Urkunde, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskunft, Parteibefragung und Beweisaussage) ist demnach abschliessend. Die grosse Ausnahme bilden die familienrechtlichen Verfahren bezüglich Kinderbelange (Art. 168 Abs. 2 ZPO).²⁶⁷ Die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime bewirkt eine **Durchbrechung des Numerus clausus der Beweismittel**.²⁶⁸
- 189 Deshalb ist in Kinderbelangen zusätzlich zu den üblichen Beweismitteln (z.B. Befragung der Eltern und des Kindes) der **Freibeweis**²⁶⁹ zulässig. Beim Freibeweis dürfen Erkenntnisquellen herangezogen werden, die bei den üblichen Beweismitteln nicht vorgesehen sind. So kommen z. B. ein unangemeldeter Augenschein in Abwesenheit der Parteien, informelle Befragungen von Drittpersonen (z.B. Lehr- und Vertrauenspersonen) oder die Berücksichtigung nichtverbaler Ausdrucksformen eines Kleinkindes (Zeichnungen²⁷⁰, Verhalten gegenüber seinen Eltern beim Wiedersehen nach zehnminütiger Trennung, etc.), formlose Gespräche mit den Kindern und Betreuern sowie Berichte von Sozialarbeitern (z.B. von Jugendschutzbehörden) in Betracht.²⁷¹ Trotz des Freibeweises ist den Parteien zumindest zur nachträglichen Gewährung des rechtlichen Gehörs Gelegenheit zur Stellungnahme

²⁶³ Vgl. Schmid, Erwachsenenschutz-Kommentar zu Art. 448 nZGB, N 2 f.

²⁶⁴ Botschaft nZGB, 7080; vgl. auch Schmid, Erwachsenenschutz-Kommentar zu Art. 448 nZGB, N 4 f.; Rosch/Büchler/Jakob, Kommentar zu Art. 447 nZGB, N 2.

²⁶⁵ Vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 25; Guyan, BaK zu Art. 156 ZPO, N 1; Botschaft nZGB, 7080.

²⁶⁶ Vgl. Guyan, BaK zu Art. 156 ZPO, N 2 und 6.

²⁶⁷ Vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 86; Sutter-Somm, N 695 und 857; Hofmann/Lüscher, S. 185.

²⁶⁸ Botschaft ZPO, 7366; Vouilloz, N 126; Vouilloz, ZPO, N 135; Jeandin, CPC-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 4.

²⁶⁹ Vgl. dazu BGer 5A_444/2008 E. 2.2 und insbesondere BGE 122 I 53 (55) E. 4; 111 II 225 (229) E. 4.

²⁷⁰ Für die Interpretation von Zeichnungen müssen ungeschulte Juristen allenfalls Experten hinzuziehen.

²⁷¹ Vgl. Botschaft ZPO, 7320 f. und 7366; Spühler/Reetz, S. 63 f.; Spühler/Dolge/Gehri, 10 N 150 f.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 86; Sutter-Somm, N 749; vgl. auch Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 14 f.

- einzuräumen (Art. 232 Abs. 1 ZPO).²⁷² Mithin sind beide Eltern, das urteilsfähige Kind sowie gegebenenfalls die Kindesvertretung (bzw. der Beistand) in geeigneter Weise über das Ergebnis zu informieren (vgl. dazu auch Art. 298 Abs. 2 ZPO).²⁷³
- 190 Aus zeitlichen Gründen (vgl. Beschleunigungsgebot, N 217 ff.) kann es sinnvoll sein, einen Sachverständigen direkt in die Verhandlung einzuladen und diesen zu befragen (vgl. Art. 187 ZPO, der explizit das **mündliche Gutachten** erwähnt). Die Parteien können dann Ergänzungsfragen stellen. Das Protokoll muss klar festhalten, was der Sachverständige in der Verhandlung gesagt hat.²⁷⁴
- 191 Die Pflicht des Gerichts zur Beweisabnahme von Amtes wegen ist nicht schrankenlos.²⁷⁵ Vielmehr verfügt das Gericht über ein weites **Ermessen**. Entscheidend ist, ob das Kindeswohl weitere Abklärungen erfordert.²⁷⁶ Verfügt das Gericht über genügend Grundlagen für die Fällung eines sachgerechten Entscheids, kann es auf die Aufnahme weiterer Beweise verzichten (antizipierte Beweiswürdigung).²⁷⁷ Es besteht kein Anspruch darauf, dass unnötige Beweismittel abgenommen oder unnötige Abklärungen gemacht werden.²⁷⁸ Das Gericht kann auf die Beweisabnahme verzichten, sofern es aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, seine Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert.²⁷⁹
- 192 Es liegt im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts, ob ein kinderpsychiatrisches oder kinderpsychologisches Gutachten (vgl. N 567 ff.) eingeholt werden muss.²⁸⁰ So besteht generell **kein Anspruch auf ein Gutachten** und erst

- recht nicht auf eine Vielzahl von Gutachten oder Obergutachten.²⁸¹ Ist durch die üblichen Abklärungen und Beweise (u.a. Kindesanhörung [allenfalls mit Fachperson], Anhörung der Eltern und allenfalls Drittpersonen) der massgebliche Sachverhalt klar, bedarf es nicht notwendigerweise eines Gutachtens.²⁸²
- 193 Hingegen ist die Anordnung von Gutachten oft in schwierigen Verfahren über Kinderzuteilung (Art. 133 f. ZGB) und Regelung des persönlichen Verkehrs (Art. 273 ff. ZGB) geboten.²⁸³
- 194 Die Parteien sind trotz Untersuchungsmaxime nicht von der Pflicht der Bezahlung von Vorschüssen zur Beweiserhebung entbunden. Wird der **Vorschuss** für Beweiserhebungen von den Parteien nicht geleistet, so kann das Gericht jedoch wegen der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht auf die Beweiserhebung verzichten (Art. 102 Abs. 3 ZPO; vgl. N 620).²⁸⁴

²⁷² Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 15.

²⁷³ Vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, N 11.253.

²⁷⁴ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 17.

²⁷⁵ Vgl. BGer 6B_396/2011 E. 4.2; 6B_395/2011 E. 1.1; BGE 136 I 229 (236) E. 5.3; 130 III (180) 183 f. E. 3.2; Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 17.

²⁷⁶ BGE 114 II 200 (201) E. 3; Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 17.

²⁷⁷ BGE 130 III 734 (735) E. 2.2.3; Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 17.

²⁷⁸ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 18.

²⁷⁹ BGer 6B_395/2011 E. 1.1; BGE 134 I 140 (148) E. 5.3; 131 I 153 (158) E. 3.

²⁸⁰ BGer 5A_160/2009 E. 3.2; 5A_92/2009, E. 4.2.2; Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 18.

²⁸¹ BGer 5C.319/2001 E. 2; BGE 114 II 200 (201) E. 2b; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 18; Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 18.

²⁸² Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 18.

²⁸³ Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 19 (das Gutachten kann mündlich oder schriftlich sein [Art. 187 ZPO] und eine Erläuterung im Rahmen einer Instruktionsverhandlung kann angezeigt sein).

²⁸⁴ Vouilloz, N 126; Vouilloz, ZPO, N 135; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 45 f.; Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 16; Botschaft ZPO, 7295, 7313 und 7366.

- 195 Da die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime auch die Eventualmaxime derogiert, muss das Gericht sowohl echte als auch unechte **Noven** (neue Tatsachen und Beweismittel) **bis zur Urteilsberatung berücksichtigen** (Art. 229 Abs. 3 ZPO).²⁸⁵ Das verspätete Vorbringen kann jedoch mit Kostenaufgabe sanktioniert werden (Art. 108 ZPO).²⁸⁶

86

- 196 Die Parteien trifft aufgrund der Anwendbarkeit der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime **keine Beweisführungslast** (subjektive Beweislast). Vielmehr sind die Beweise von Amtes wegen zu erheben und nach freier Überzeugung zu würdigen.²⁸⁷ Keine Auswirkungen hat dies jedoch auf die Folgen der Beweislosigkeit. Liegt Beweislosigkeit vor, so ist nach den Regeln der (objektiven) Beweislastverteilung in Art. 8 ZGB zu entscheiden.²⁸⁸

D. Besondere Auswirkung auf das vereinfachte Verfahren

- 197 Für das **vereinfachte Verfahren** gilt grundsätzlich die eingeschränkte Untersuchungsmaxime (sog. soziale Untersuchungsmaxime; vgl. Art. 247 ZPO). Geht es jedoch in einem solchen Verfahren um Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten (vgl. N 731 ff.), kommt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung (Art. 295 i.V.m. 296 ZPO [lex specialis]).²⁸⁹

87

E. Besondere Auswirkungen auf das summarische Verfahren

- 198 In der Regel gilt im summarischen Verfahren eine besondere Beweismittelbeschränkung (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Demnach ist der Beweis normalerweise durch Urkunde²⁹⁰ zu erbringen. Es gibt davon jedoch Ausnahmen (Art.

²⁸⁵ Vgl. Vouilloz, N 126; Vouilloz, ZPO, N 135; Jeandin, CPC-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 5; Schweighauser, FamKomm zu Art. 296 ZPO, N 7 und 21 f.; Botschaft ZPO, 7341, 7348 f. (die Botschaft spricht von offenem Novenrecht) und 7366 f., 7375 (mit Hinweis auf die Laienfreundlichkeit); vgl. ferner Sutter-Somm, N 343. *Echte Noven*: Tatsachen, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind. *Unechte Noven*: Tatsachen, die bereits zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheids vorhanden waren. Normalerweise können in zweiter Instanz im *Rechtsmittelverfahren* nur echte Noven ohne weiteres vorgebracht werden, doch für Prozesse, die der Untersuchungsmaxime unterliegen, sind Noven auch in zweiter Instanz im *Berufungsverfahren* bis zur Urteilsberatung möglich (Botschaft ZPO, 7375). Sogar im *Vollstreckungsverfahren* kann es sich aufdrängen, ergänzende Beweismittel zuzulassen, soweit es darum geht, eine Vollstreckung eines Urteils kindeswohlgerecht umzusetzen (z.B. Anhörung des Kindes wenn viel Zeit verstrichen ist). Im *Beschwerdeverfahren* hingegen sind Noven trotz Geltung der Untersuchungsmaxime grundsätzlich ausgeschlossen, da die Rechtskontrolle im Vordergrund steht (Botschaft ZPO, 7379; Jeandin, CPC-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 5). Hier drängt sich jedoch eine Differenzierung auf: Wurde nämlich eine qualifizierte Sachverhaltsverletzung gerügt, so sollten Noven auch im Beschwerdeverfahren bis zur Urteilsberatung berücksichtigt werden können. Vor dem *Bundesgericht* sind in der Regel Noven nicht zulässig. Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur zulässig, als das Urteil (Dispositiv oder Erwägung) der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 BGG). Weiter sind Noven vor Bundesgericht gestützt auf die Untersuchungsmaxime zulässig, wenn weder die Begründungspflicht (alle Beanstandungen vorbringen, die für einschlägig und zutreffend gehalten werden), noch die Mitwirkungspflicht verletzt wurde (vgl. Meyer, BaK zu Art. 99 BGG, N 6).

²⁸⁶ Botschaft ZPO, 7245, 7348 f., 7375.

²⁸⁷ Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 13 und N 15. Vgl. dazu auch Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 45.

²⁸⁸ Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 47 ff. (sie halten fest, dass in neuerer Zeit grundlegende Kritik an der herkömmlichen Beweislastverteilung [Risiko der Beweislosigkeit] geübt wurde und es wurde teilweise in der Lehre vorgeschlagen, an Stelle einer allgemeinen Regel soll die richtige Beweislastverteilung für jede einzelne Norm durch deren Auslegung ermittelt werden); Rumo-Jungo, Symposium, S. 8.

²⁸⁹ Vgl. Botschaft ZPO, 7245 und 7366.

²⁹⁰ Der Urkundenbegriff in Art. 177 ZPO ist weitgefasst: Eine Urkunde im zivilprozessualen Sinn ist jedes Dokument, dass geeignet ist, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen (vgl. Chevalier, ZPO-Komm. zu Art. 254 ZPO, N 6).

254 Abs. 2 ZPO): Andere Beweismittel sind danach zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern (lit. a), es der Verfahrenszweck erfordert (lit. b), oder das **Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat** (lit. c). Da bei familienrechtlichen Verfahren mit Kinderbelangen der Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung gelangt, ist die **Beweismittelbeschränkung** von Art. 254 Abs. 1 ZPO **aufgehoben** (vgl. N 764). Mithin gibt es im summarischen Verfahren bei familienrechtlichen Verfahren mit Kinderbelangen (vgl. N 741 ff.) wider die allgemeine Regel keine Beweismittelbeschränkung.²⁹¹ Vielmehr sind die in anderen Verfahren erlaubten Beweismittel sowie der Freibeweis zulässig (vgl. N 188 ff.).

F. Besondere Auswirkungen auf das Kindesschutzverfahren

- 199 Personen, die in amtlicher Tätigkeit²⁹² von einem hilfsbedürftigen Kind erfahren, haben aufgrund der Untersuchungsmaxime eine **Meldepflicht** (Art. 443 Abs. 2 nZGB).²⁹³ Mithin müssen sie die Kindesschutzbehörde informieren, wenn sie in amtlicher Tätigkeit von einem hilfsbedürftigen Kind erfahren haben (vgl. N 868).

88

- 200 Zudem **prüft** die Kindesschutzbehörde aufgrund der Offizial- und Untersuchungsmaxime ihre **Zuständigkeit von Amtes wegen** (Art. 444 Abs. 1 nZGB, N 338 ff.).²⁹⁴ Sie überweist bei **klarer Unzuständigkeit** die Sache von Amtes wegen unverzüglich der Behörde, die sie als zuständig erachtet (Art. 444 Abs. 2 nZGB).

G. Besondere Auswirkungen auf die Anordnung der Kindesvertretung und Kindesanhörung

- 201 Die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime erstreckt sich auch auf Sachverhaltsfragen prozessualer Natur, wie insbesondere die Anordnung der Vertretung des Kindes (Art. 299 ZPO; vgl. N 421 ff.) und der Kindesanhörung (Art. 298 ZPO; vgl. N 368 ff.).²⁹⁵ Das Gericht bzw. die Kindesschutzbehörde muss demnach **von Amtes wegen abklären, ob** es einer **Kindesvertretung** bedarf und, ob eine **Kindesanhörung** durchgeführt werden soll, oder aber ein Ausnahmetatbestand vorliegt und mithin auf die Anhörung zu verzichten ist (vgl. N 406 ff.). Weiter muss das Gericht bzw. die Kindesschutzbehörde von Amtes wegen prüfen, ob besondere Verhältnisse vorliegen, die eine Delegation der Anhörung an eine Drittperson gebieten (vgl. N 402 ff.).

H. Besondere Auswirkungen auf die Prüfung der Prozessvoraussetzungen

- 202 Die Partei- und die Prozessfähigkeit (vgl. N 7 ff.) sowie die örtliche Zuständigkeit (vgl. N 231 ff.) sind Prozessvoraussetzungen (Art. 59 Abs. 2 lit. c und b ZPO), und ihr Vorhandensein wird durch das Gericht von Amtes wegen geprüft (Art. 60 ZPO).²⁹⁶ Unterliegt der Streitgegenstand der **uneingeschränkten Untersuchungsmaxime**, so **gilt diese Maxime auch für die Prüfung der Prozessvoraussetzungen** (vgl. N 157).²⁹⁷

89

²⁹¹ Vgl. Mazan, BaK zu Art. 254 ZPO, N 8.

²⁹² Den Begriff der „amtlichen Tätigkeit“ gilt es weit auszulegen: Darunter fällt die Tätigkeit jeder Person, die öffentlich-rechtliche Befugnisse ausübt; insbesondere ist kein Beamten- oder Angestelltenverhältnis zum Gemeinwesen und keine Tätigkeit von hoheitlicher Natur erforderlich. Deshalb untersteht der Meldepflicht auch ein Arzt bzw. eine Ärztin in einem öffentlichen Spital.

²⁹³ Schmid, Erwachsenenschutz-Kommentar zu Art. 443 nZGB, N 6; Botschaft nZGB, 7076.

²⁹⁴ Botschaft nZGB, 7076.

²⁹⁵ Vgl. Botschaft ZPO, 7367; Vouilloz, N 126; Vouilloz, ZPO, N 135.

²⁹⁶ Vgl. Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 102; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 11 N 5; Kummer, S. 86; Habscheid, N 362 f.; Sutter-Somm, N 491; Meier, ZPO, S. 134 f.

²⁹⁷ Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 11 N 6.

- 203 Praxisgemäss prüft das Gericht die Zulässigkeit einer Klage immer zu Beginn eines Verfahrens. Es kann aber, falls nötig, die Zulässigkeit jederzeit bis zum Endentscheid prüfen. Da jedoch die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime anwendbar ist, muss das Gericht prüfen, ob es den Prozess auf die Frage der Zulässigkeit beschränken soll.²⁹⁸ Kinderbelange unterliegen der „klassischen“ (uneingeschränkten) Untersuchungsmaxime²⁹⁹, und diese gilt somit auch bei der Prüfung der Partei- und Prozessfähigkeit und der örtlichen Zuständigkeit. Grundsätzlich müssen sie als Prozessvoraussetzungen im Zeitpunkt der Fällung des Sachurteils vorliegen.³⁰⁰ Dies gilt jedoch nicht für die örtliche Zuständigkeit, da diese bereits bei der Klageeinreichung vorzuliegen hat (vgl. N 235).
- 204 Die amtliche Prüfung der örtlichen Zuständigkeit wird in der Regel relativiert, indem dispositive Zuständigkeiten durch das Gericht nur dann näher geprüft werden, wenn die beklagte Partei rechtzeitig die Einrede der Unzuständigkeit erhebt und sich damit nicht vorbehaltlos auf das Verfahren einlässt.³⁰¹ Diese Beschränkung gilt jedoch nicht für Angelegenheiten, die der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime unterliegen.
- 205 Fehlt es an der Rechts- oder Parteifähigkeit oder aber an der Zuständigkeit, lautet der Prozessentscheid auf „Nichteintreten“ (Prozessentscheid).³⁰² Liegen die Prozessvoraussetzungen vor, erlässt das Gericht einen prozessleitenden Entscheid (Zwischenentscheid), und auf die Klage wird eingetreten.³⁰³

90

I. Rechtsmittel und Rechtsmittelverfahren

- 206 Ergreift eine Partei ein Rechtsmittel, so ist die Partei trotz Untersuchungsmaxime **nicht von der Begründungspflicht** des Rechtsmittels **befreit**.³⁰⁴
- 207 Die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt auch für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren.³⁰⁵ Wendet das Gericht die Untersuchungsmaxime nicht konform an, können die Parteien die Berufung bzw. Beschwerde wegen unrichtiger Rechtsanwendung einlegen (Art. 310 lit. a ZPO bzw. Art. 320 lit. a ZPO, vgl. N 544 ff.).³⁰⁶

3. Besondere (gemeinsame) Rechtsfolgen des Offizial- und Untersuchungsgrundsatzes

- 208 Die **Offizial- und die Untersuchungsmaxime sind eng miteinander verknüpft**, und Voraussetzung für eine wirksame Anwendung der Offizialmaxime ist die Geltung der Untersuchungsmaxime.³⁰⁷
- 209 Das Gericht hat zu beachten, dass die Offizial- und die Untersuchungsmaxime – die in allen familienrechtlichen Verfahren mit Kinderbelangen zum Tragen kommen – in **allen Stadien des Verfahrens anwendbar**³⁰⁸ sind. Dies gilt grundsätzlich für **alle** (kantonalen) **gerichtlichen Instanzen**.³⁰⁹

²⁹⁸ Vgl. Botschaft ZPO, 7276. Vgl. Art. 125 lit. a und 229 Abs. 3 ZPO.

²⁹⁹ Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 27 und § 11 N 6.

³⁰⁰ Vgl. BGE 127 III 41 (43) E. 4c; Kummer, S. 87; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 11 N 7.

³⁰¹ Meier, ZPO, S. 134.

³⁰² Vgl. BGE 121 II 473 (477) E. 1a; 115 II 187 (191) E. 3b; Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 104; vgl. auch Meier, ZPO, S. 133.

³⁰³ Vgl. Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 104; Kummer, S. 87; Sutter-Somm, N 491; Meier, ZPO, S. 133 f.

³⁰⁴ BGE 137 III 617 E. 4; BGer 5C.14/2005 E. 1.2.3; Botschaft ZPO, 7373. Dies gilt auch für die Pflicht zur Bezifferung des Streitwertes. Die Bezifferung kann sich allerdings auch aus der Begründung ergeben (BGE 137 III 617 E. 6).

³⁰⁵ Vgl. Botschaft ZPO, 7375.

³⁰⁶ Vgl. Botschaft ZPO, 7372 und 7377 (zur Beschwerde).

³⁰⁷ Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 31.

³⁰⁸ Vgl. BGer 5C.14/2005 E. 1.2.3; 5C.71/2005 E. 2; 5C.14/2005 E. 1.2.3.

³⁰⁹ Vgl. BGE 137 III 617 (620) E. 4.5.2; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 3 und 6

91

Gestützt auf Kindeswohlüberlegungen sollten die nötigen Abklärungen (z.B. Kindesanhörung) vom Gericht möglichst selber wahrgenommen werden, und von Rückweisungen zwecks Sachverhaltsfeststellung sollte deshalb zurückhaltend Gebrauch gemacht werden.³¹⁰

- 210 Im Zusammenhang mit Unterhaltsklagen gilt Art. 296 ZPO auch für selbständige Unterhaltsklagen des **volljährigen Unterhaltsberechtigten**, der gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB klagt (vgl. N 173, 175 und N 782 ff.; Mündigenunterhalt).³¹¹
- 211 In **internationalen Sachverhalten** ist Art. 296 ZPO ebenfalls anwendbar.³¹² Die Official- und die Untersuchungsmaxime gehören zum schweizerischen Ordre public.³¹³
- 212 Missachtet das Gericht den Official- und Untersuchungsgrundsatz, liegt eine **Verletzung von Bundesrecht** vor (unrichtige Rechtsanwendung), die eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts zur Folge haben kann (vgl. N 544 ff.).³¹⁴

II. Ausschluss der Öffentlichkeit in familienrechtlichen Verfahren

1. Grundsatz: Öffentlichkeitsprinzip

- 213 Art. 30 Abs. 3 BV bildet für das Öffentlichkeitsprinzip die verfassungsrechtliche Grundlage (vgl. auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNOPakt)

92

II bezüglich „civil rights“). Demnach sind Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündung unter Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen öffentlich.³¹⁵ Das Bundesgericht äussert sich zum Öffentlichkeitsprinzip mit folgenden Worten: „Für den Bürger soll ersichtlich sein, wie der Richter die ihm vom jeweiligen Wahlkörper übertragene Verantwortung wahrnimmt, und der Grundsatz der publikumsöffentlichen Verhandlung dient ganz allgemein einer **transparenten Justiztätigkeit und Rechtsfindung**.“³¹⁶ Die Öffentlichkeit des Verfahrens ist in der ZPO in Art. 54 statuiert.³¹⁷

2. Ausnahme vom Grundsatz

- 214 Gemäss Art. 54 Abs. 3 ZPO kann die Öffentlichkeit ganz oder teilweise ausgeschlossen werden, wenn es das „öffentliche Interesse oder das schutzwürdige Interesse einer beteiligten Person erfordert“. Höhere Interessen müssen demnach die Ausnahmen

(vor Bundesgericht gelten die Besonderheiten von Art. 105–107 BGG: Rechtsanwendung von Amtes wegen; grundsätzliche Bindung an den Sachverhalt, den die letzte kantonale Instanz festgestellt hat; Art. 99 BGG: Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur zulässig, als das Urteil der Vorinstanz dazu Anlass gibt. Stellt das Bundesgericht eine Verletzung der Official- oder Untersuchungsmaxime fest, weist es den Fall an die kantonale Instanz zurück; vgl. aber Art. 107 Abs. 2 BGG, der eine direkte Entscheidung zulässt); Schweighauser, FamKomm zu Art. 296 ZPO, N 6; Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 32; BGer 5A_766/2010 E. 4.1.1; 5A_394/2008 E. 2.2; 5C.269/2006 E. 2.2.3.

³¹⁰ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 12 mit Verweis auf Schweighauser Jonas, FamPra.ch 9 (2008), S. 442 ff., S. 444 (Bemerkungen zu BGer 5A_582/2007).

³¹¹ Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 4. Der umstrittene BGE 118 II 93 (95) E. 1a hatte die Anwendbarkeit der Officialmaxime in einem solchen Fall noch ausgeschlossen.

³¹² Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 32.

³¹³ BGE 126 III 298 (302 f.) E. 2a/bb.

³¹⁴ Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 33.

³¹⁵ Vgl. Sutter-Somm, N 354; Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 83 ff.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 61; Guldener, S. 186; Walder-Richli/Grob-Andermacher, § 23 N 2; Edelmann, S. 107; Kummer, S. 85; Habscheid, N 551.

³¹⁶ BGE 129 III 529 (532 f.) E. 3.2.

³¹⁷ Vgl. dazu Botschaft ZPO, 7274 f.

rechtfertigen können. Dies ist beispielsweise insbesondere in Familienrechtsverfahren der Fall.³¹⁸

- 215 Das schutzwürdige Interesse des Kindes kann hier eine bedeutende Rolle spielen. In Art. 54 Abs. 4 ZPO wurde ein Anwendungsfall von Abs. 3 gesetzlich verankert. Diese Regelung stipuliert, dass **familienrechtliche Verfahren nicht öffentlich** sind. Dadurch soll nicht zuletzt die Geheimsphäre der Beteiligten geschützt werden.³¹⁹
- 216 Diese **Ausnahme gilt auch für das Kindesschutzverfahren**, welches mithin ebenfalls nicht öffentlich ist (vgl. Art. 451 nZGB).

93

III. Beschleunigungsgebot

- 217 Der Anspruch auf ein gerechtes Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV) umfasst auch den **Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist** (vgl. auch Art. 31 BV, Art. 37 UN-KRK sowie Art. 5 Ziff. 4 EMRK im Zusammenhang mit einer Unterbringung). Der Begriff der angemessenen Frist ist relativer Natur und vor dem Hintergrund eines gerechten Verfahrens unter Beachtung spezifischer Sachverhalts- und Verfahrensverhältnisse zu konkretisieren. Gerade in Verfahren mit Kinderbeteiligung kommt dem Beschleunigungsgebot eine herausragende Stellung zu. So sind namentlich über elterliche Obhuts- und Sorgerechtsstreitigkeiten oder über Streitigkeiten im Rahmen der Rückführung des Kindes (internationale Kindesentführung; vgl. Art. 11 HKÜ³²⁰) mit gebotener Eile zu befinden.³²¹
- 218 Die an einem Verfahren beteiligten Behörden, die Parteien und ihre Vertreter müssen in Bezug auf die **grosse Bedeutung der zeitlichen Dimension** in Angelegenheiten mit Kinderbelangen genügend sensibilisiert sein. Ihre Bedeutung wird namentlich bei der Regelung von Besuchs- und Sorgerechtsangelegenheiten sowohl von juristischer als auch von psychologischer Seite hervorgehoben, da es im Trennungs- und Scheidungsverfahren durch die Gleichzeitigkeit von **rechtlichen und psychologischen Abläufen** zu einer **Verzahnung** dieser beiden Bereiche kommt.³²²
- 219 Durch Arbeitsüberlastung bedingte oder auch rechtlich legitimierte **zeitliche Verzögerungen** des Verfahrensablaufs können **weitreichende Auswirkungen auf die psychologischen Aspekte** zeitigen. So können beispielsweise Kontaktunterbrüche zwischen einem Elternteil und seinem Kind zu einer tiefgreifenden Veränderung ihrer Beziehung führen und im Extremfall sogar zur Entfremdung. Die Ursache dafür ist, dass die Beziehung zu Kleinkindern wesentlich durch die unmittelbare Begegnung geprägt ist. So erscheint einem

94

zweijährigen Kind ein Kontaktunterbruch von einem Monat als der gleiche Zeitraum wie einem zwölfjährigen ein Unterbruch von einem halben Jahr. Derartige fremdbestimmte Unterbrüche verstärken bzw. rufen bei den Betroffenen meist negative Gefühle hervor, und als Folge davon müssen zusätzliche Mittel in Vermittlungsverfahren (z.B. Mediation) investiert werden, da sich die Konfliktfronten verhärten. Dabei findet auch eine unerwünschte Einengung des Spielraums potenzieller

³¹⁸ Vgl. Spühler/Dolge/Gehri, 5 N 86 ff.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 62; Walder-Richli/Grob-Andermacher, § 23 N 2; Habscheid, N 551.

³¹⁹ Sutter-Somm, N 371; vgl. ferner auch Gasser/Rickli, ZPO-KK zu Art. 54 ZPO, N 9; Botschaft ZPO, 7275.

³²⁰ Vgl. dazu Jametti Greiner, ZPO-Komm. zu Art. 302 ZPO, N 4 und 46 f.

³²¹ Vgl. BGE 131 III 334 (337) E. 2.3; BGer 5A_674/2011; Urteil des EGMR vom 22. Juni 2006 i.S. Bianchi gegen Schweiz, Ziff. 85 und 94, VPB 70 (2006) Nr. 115; Steinmann, Kommentar zu Art. 29 BV, N 11 f. Vgl. zur *Zwangshospitalisation* Urteil des EGMR vom 14. April 2011 (i.S. Patoux v. Frankreich) und vgl. auch Urteil des EGMR vom 7. Juni 2011 (i.S. S.T.S. v. Niederlande).

³²² Schreiner, FamKomm, N 7.

Interventionen zur „Befriedungsarbeit“ statt, was sich im Endeffekt negativ auf das Kindeswohl auswirkt.³²³

- 220 Weiter besteht die Gefahr, dass durch zeitliche Verzögerungen und Kontaktunterbrüche **rechtliche Entscheidungen erheblich beeinflusst** und mithin „verfälscht“ werden. Dies geschieht beispielsweise, wenn die involvierten Behörden oder Fachpersonen (z.B. Gutachter) die Beziehung von einem Elternteil zu seinem Kind nur in ihrer gewandelten Form wahrnehmen. Dann bilden diese Eindrücke oft die Grundlage für weitere Empfehlungen, und es wird beispielsweise fatalerweise von einer nicht (mehr) zentralen oder bedeutsamen Bindung gesprochen.³²⁴
- 221 **Je jünger die beteiligten Kinder** sind (insbesondere Kinder im Vorschulalter und jünger) und **je radikaler** sich die zu klärende **Ausgangslage** präsentiert (z.B. kein Kontakt zu einem Elternteil, Misshandlungsverdacht, hochgradig strittige Eltern), **desto stärker** müssen die an einem Verfahren beteiligten Personen den **zeitlichen Faktor** als mitprägende Grösse auf psychologische Aspekte **berücksichtigen**. Mithin müssen alle Aktionen der Verfahrensbeteiligten auf ihre Angemessenheit und Auswirkungen hin reflektiert werden, damit unerwünschte (Fremd-)Einwirkungen auf die familialen Beziehungen und das Wohlbefinden der Familienmitglieder vermieden werden können. So sind bei Verdacht auf physische oder emotionale Misshandlung, sexuellen Missbrauch oder Vernachlässigung möglichst rasch adäquate Massnahmen zu ergreifen, ohne aber blindem Aktionismus zu verfallen. In Besuchs- und Sorgerechtsstreitigkeiten gilt es, aus Kindeswohlgründen unnötige Verfahrensverzögerungen zu vermeiden bzw. zu unterbinden.³²⁵ In

95

diesem Zusammenhang kommt gerade auch einem allenfalls bestellten Kindesvertreter eine herausragende Stellung zu (vgl. N 456).

IV. Anspruch auf rechtliches Gehör

- 222 Die von einem Verfahren betroffenen Parteien haben **im Gerichts- oder Verwaltungsverfahren** Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, vgl. auch Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 53 ZPO).³²⁶ Die Parteien sollen im Verfahren, von dem sie betroffen sind, mitwirken können.³²⁷ Es handelt sich dabei um ein **persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht**.³²⁸ Die Betroffenen sollen im Verfahren nicht als Objekte, sondern als Subjekte wahrgenommen werden.³²⁹ Sie haben Anspruch, mit ihrem Begehren angehört zu werden, Akteneinsicht zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können.³³⁰
- 223 Das Recht auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, und seine Verletzung führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids, auch wenn die Verletzung im konkreten Fall keinen Einfluss auf den Ausgang des materiellen Entscheids hatte.³³¹

³²³ Schreiner, FamKomm, N 8 ff. und N 12.

³²⁴ Schreiner, FamKomm, N 11.

³²⁵ Schreiner, FamKomm, N 14 ff.

³²⁶ Steinmann, Kommentar zu Art. 29 BV, N 8 und 22; vgl. auch Häfelin/Haller/Keller, N 836.

³²⁷ BGE 122 I 53 (55) E. 4a; Rhinow/Schefer, N 3041. Zudem dient das rechtliche Gehör auch der Sachaufklärung (BGer 1P.26/2007 E. 3.1).

³²⁸ BVerwGer, Urteil vom 14.10.2011 (B-5845/2010), E. 3.1; BGer 1P.26/2007 E. 3.1; BGE 122 I 53 (55) E. 4a; Häfelin/Haller/Keller, N 835; Rhinow/Schefer, N 3045.

³²⁹ Rhinow/Schefer, N 3045.

³³⁰ Häfelin/Haller/Keller, N 836.

³³¹ BGE 126 V 130 (132) E. 2b; 125 I 113 (118) E. 3; Rhinow/Schefer, N 3046; Cottier, Subjekt oder Objekt?, S. 89. Die Verletzung kann allerdings in gewissen Fällen geheilt werden, so wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung muss jedoch die Ausnahme bleiben und es muss sich um eine nicht besonders schwerwiegende Gehörsverletzung handeln (vgl. BVerwGer, Urteil vom 13.10.2011 [A_6906/2010], E. 2.1; BGE 124 V 389 [392] E. 5).

- 224 Die Grundrechte und somit auch der Anspruch auf rechtliches Gehör stehen grundsätzlich allen Menschen, Erwachsenen ebenso wie Kindern, zu.³³² Kinder sind demnach genauso wie erwachsene Personen Grundrechtsträger. Von der Grundrechtsträgerschaft gilt es aber die Grundrechtsmündigkeit zu unterscheiden. Da die Kinder ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit ausüben (Art. 11 Abs. 2 BV), sind **urteilsfähige Kinder** auch **grundrechtsmündig**³³³ und können entsprechend diese (verfassungsmässigen) **Rechte selbständig ausüben**.³³⁴ Urteilsunfähige Kinder werden durch ihren gesetzlichen Vertreter, allenfalls durch den Kindesanwalt oder ihren Beistand vertreten.
- 225 Der Grundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör gilt für alle Rechtsanwendungsverfahren.³³⁵ Mithin steht auch einem Kind in den **familienrechtlichen Verfahren** nach ZPO (vgl. Art. 53 ZPO) sowie im **Kindesschutzverfahren** der Anspruch auf rechtliches Gehör zu.
- 226 Das Kind hat einen Anspruch auf Orientierung, Äusserung und Teilnahme am Beweisverfahren sowie auf Begründung. Diese einzelnen Teilgehalte konkretisieren das Recht auf wirksame Partizipation im Hinblick auf den unmittelbaren Prozess der Entscheidungsfindung.³³⁶
- 227 Für die Stellung des betroffenen Kindes in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren sind insbesondere folgende Rechte von grosser Bedeutung:³³⁷
das Recht, sich **zu allen relevanten Gesichtspunkten äussern** (Anhörung, vgl. auch N 368 ff.) und **Beweisanträge stellen** zu können, bevor eine Anordnung, die das Kind betrifft, ergeht

das Recht auf Stellungnahme zum Vorbringen der Gegenpartei und zum Ergebnis des Beweisverfahrens (z.B. zu einem psychologischen Gutachten in Kinderrechtsfragen [vgl. N 567 ff.])

das Akteneinsichtsrecht³³⁸

das Recht, am Verfahren **persönlich teilzunehmen**

das Recht auf einen **begründeten**, dem Kind ordnungsgemäss eröffneten **Entscheid** (vgl. N 501 ff.)

das **Recht auf eine** (Kindes-) **Vertretung** (vgl. dazu N 421 ff. sowie N 490 ff.)

³³² Hänni/Belser, S. 140.

³³³ Zumindest wo ein persönlichkeitsbezogenes Grundrecht in Frage steht (vgl. Häfelin/Haller/Keller, N 293; Wyttenbach, S. 315 f.).

³³⁴ Vgl. BGE 2C_31/2007 E. 2.5; Häfelin/Haller/Keller, N 290 ff.

³³⁵ Namentlich für Zivilprozesse, Strafprozesse, Schuldbetreibungs- und Konkursachen sowie für Verwaltungsverfahren (Häfelin/Haller/Keller, N 837).

³³⁶ Vgl. Steinmann, Kommentar zu Art. 29 BV, N 23; BGE 1P.26/2007 E. 3.1.

³³⁷ Vgl. zum Ganzen Häfelin/Haller/Keller, N 838; Steinmann, Kommentar zu Art. 29 BV, N 24 ff.; Cottier, Subjekt oder Objekt?, S. 89 ff.

³³⁸ Gemäss Art. 449b Abs. 1 nZGB haben die am *Kindesschutzverfahren* beteiligten Personen Anspruch auf Akteneinsicht, soweit nicht überwiegende Interessen entgegenstehen. Dieses das verfassungsmässige Recht auf rechtliches Gehör (Art. 29 BV) konkretisierende Akteneinsichtsrecht setzt voraus, dass die Kindesschutzbehörde alle Unterlagen systematisch erfasst und Akten erstellt (Aktenvollständigkeit; vgl. BGE 129 I 85). Das Recht auf Akteneinsicht gilt grundsätzlich auch bei abgeschlossenen Verfahren. Verweigert die Behörde einer am Verfahren beteiligten Person die Einsichtnahme in ein Aktenstück, so darf sie nur auf dieses abstellen, wenn sie der beteiligten Person den für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich mitteilt. Eine Verweigerung kann zum Schutz von überwiegenden privaten Geheimhaltungsinteressen oder aus anderen (auch öffentlichen Interessen) z.B. zum Schutz der betroffenen Person, eingeschränkt werden. Die Behörde muss eine Interessenabwägung vornehmen zwischen dem Interesse an der Akteneinsicht auf der einen Seite und an deren Verweigerung auf der anderen Seite. Allenfalls können auch Teile der Akten abgedeckt (geschwärzt) werden (vgl. zum Ganzen Botschaft nZGB, 7082; vgl. zur Akteneinsicht auch Gehri, BaK zu Art. 53 ZPO).



V. Zusammenfassung

- 228 Geht es in familienrechtlichen Angelegenheiten um Kinderbelange, stipuliert Art. 296 ZPO den **Offizial- und uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz**, um der Schutzbedürftigkeit des Kindes Rechnung zu tragen. Folglich steht der Streitgegenstand nicht zur freien Disposition der Parteien, und der Sachverhalt wird von Amtes wegen erforscht. Da die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt, ist auch der sog. Freibeweis zulässig.

98

- 229 Das familienrechtliche Verfahren ist für die **Öffentlichkeit nicht zugänglich** (Art. 54 Abs. 4 ZPO). Damit wird die Geheimsphäre der Beteiligten und nicht zuletzt das Kind geschützt.
- 230 Zudem muss das Gericht bzw. die Kindesschutzbehörde das **Beschleunigungsgebot** achten und das Kind hat **Anspruch auf rechtliches Gehör** in allen es betreffenden Verfahren.