



5A_921/2018

Urteil vom 28. Dezember 2018
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Schöbi,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
Beschwerdeführer,

gegen

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
Ausserschwyz.

Gegenstand

Kindesvertretung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungs-
gerichts des Kantons Schwyz, Kammer III, vom
3. Oktober 2018 (III 2018 116).

Sachverhalt:

A.

Die Geschwister B._____ (geb. 2001), C._____ (geb. 2003) und D._____ (geb. 2008) sind die Kinder von E._____ (geb. 1983) und F._____ (geb. 1978), welche aus dem Kosovo stammen. Diese heirateten im Jahr 2013 vor dem Zivilstandsamt U._____ und liessen sich Jahr 2014 vom Bezirksgericht March scheiden, wobei die Kinder unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt wurden.

Die Familie lebte damals in der Nachbarschaft von G._____ (geb. 1968), der Familie von H.H._____ (geb. 1976) und von J._____ (geb. 1979), welche alle untereinander befreundet sind.

Mit Urteil vom 10. Oktober 2014 sprach das kantonale Strafgericht Schwyz den Vater schuldig u.a. der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern sowie der mehrfachen Nötigung und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten, unter Anrechnung von 426 Tagen Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Am 15. Dezember 2015 wurde er nach Albanien ausgeschafft, wo er ebenfalls eine Strafe abzusitzen hat.

B.

Mit Beschluss vom 26. Juni 2013 errichtete die KESB Ausserschwyz für die drei Kinder in Bezug auf das Strafverfahren je eine Prozessbeistandschaft. Ferner errichtete die KESB am 11. Juni 2014 für C._____ und D._____ eine Erziehungsbeistandschaft.

Im Januar 2016 zog die Mutter mit den drei Kindern um, wobei sie namentlich durch G._____ und die Familie H._____ praktische und finanzielle Unterstützung erhielt. Die Mutter und G._____ führten einige Monate eine Partnerschaft. Der älteste Sohn B._____ wurde im Sommer 2016 unter der Woche im Jugenddorf V._____ platziert mit dem Ziel, dort eine Lehre beginnen zu können.

Ab ca. Januar 2017 lebte D._____ weitgehend bei G._____ und die beiden verbrachten Ferien auf Hawaii. Von diesen Umständen erfuhren die Beiständin und die KESB Ausserschwyz erst im Nachhinein. Am 26. Juni 2017 meldete sich G._____ bei der Amtsbeistandschaft und ersuchte darum, dass seine Betreuung von D._____ in ein offizielles Pflegeverhältnis überführt werde. Nach

Besprechungen mit der Mutter und G._____ gab die KESB am 25. Oktober 2017 eine Begutachtung in Auftrag; ferner erteilte sie der Mutter die Weisung, D._____ umgehend in ihre Obhut zu nehmen, worauf diese mit Schreiben vom 10. November 2017 von G._____ ihren Sohn D._____ zurückforderte, was dieser konkludent ablehnte und am 13. November 2017 mit einer Gefährdungsmeldung quittierte, wonach die Mutter nicht in der Lage sei, ihren Sohn richtig zu erziehen. Noch am gleichen Nachmittag begab sich eine Polizeipatrouille zur Wohnung von G._____. Die Kinder äusserten, unter keinen Umständen zur Mutter zurückkehren zu wollen. Nach telefonischer Rücksprache mit der KESB wurde den anwesenden Personen (G._____, H.H._____ und J._____) seitens der Kantonspolizei eröffnet, dass die Kinder fremdplatziert würden, was in der Folge auch geschah.

Mit E-Mail vom 14. November 2017 an die KESB beantragte G._____, dass den Kindern ein Kinderanwalt zur Seite gestellt werde.

Mit Verfügung vom 16. November 2017 entzog die KESB der Mutter superprovisorisch das Aufenthaltsbestimmungsrecht über C._____ und D._____.

C.

Am 31. Januar 2018 teilte der Gruppenleiter der Notfallgruppe der KESB telefonisch mit, dass C._____ im Internet recherchiert und einen Anwalt kontaktiert habe. Noch gleichentags nahm die KESB Ausserschwyz telefonisch Kontakt mit Rechtsanwältin K._____ auf, wobei diese die Vertretung der Kinder zusicherte.

Am 1. Februar 2018 traf bei der KESB ein am 30. Januar 2018 datiertes und von A._____ sowie der privaten "Ombudsstelle Kindes- und Erwachsenenschutz (p.o. sz)" unterzeichnetes Schreiben ein mit dem Inhalt: "C._____ und D._____ haben den Unterzeichnenden notfallmässig aufgesucht und ihn als Vertrauensperson und Vertreter bezeichnet. Demnach dürfen Gespräche mit C._____ und D._____, welche mittelbar wie unmittelbar die umstrittenen Fragen zum Inhalt haben, praxisgemäss nur noch unter Anwesenheit des Unterzeichnenden geführt werden. Dies betrifft u.a. auch Gespräche mit den Eltern, mit der Beistandschaft wie auch mit Personen aus dem derzeitigen Betreuungs- und Heimleitungsteam. Wir empfehlen zudem dringend, von weiteren Einschüchterungen, Beeinflussungen, Druckversuchen und Demütigungen ab sofort abzusehen. Es besteht

der Verdacht, dass mit irreparablen Gesundheitsschäden zu rechnen ist. Wir kommen dem Wunsch, dem Willen und dem Hilfeschrei von C._____ und D._____ nach und vertreten sie in allen persönlichen und juristischen Belangen. Bei uns steht das Kindeswohl im Zentrum, weswegen wir C._____ und D._____ demnächst auch ein Mobiltelefon zur Verfügung stellen. So können sie mit uns jederzeit Kontakt aufnehmen und Rat einholen. Wir bitten Sie, mit uns und C._____ und D._____ in den nächsten Tagen einen Besprechungstermin zu vereinbaren, und danken Ihnen für Ihre Bemühungen und Ihr rasches Handeln."

Am 1. Februar 2018 wurde das 64-seitige Gutachten erstattet, welches u.a. festhielt, dass die Kinder unter dem Einfluss von G._____ und des Ehepaars H._____ der Mutter entfremdet worden seien, was zu einem massiven Loyalitätskonflikt geführt habe.

Nach Besprechungen mit der Mutter und mit C._____ ernannte die KESB mit Beschluss vom 5. Februar 2018 für C._____ und D._____ in der Person von Rechtsanwältin K._____ eine Kindesvertreterin.

Mit E-Mail vom 5. Februar 2018, 21:05 Uhr, an die KESB bemängelte A._____ sinngemäss, dass die Situation eskaliert sei und die per Post zugestellten Handys den Kindern bislang noch nicht ausgehändigt worden seien; es werde nochmals mit aller Deutlichkeit darauf hingewiesen, dass der Unterzeichnende die Vertrauensperson und der Vertreter der Kinder sei.

Diese E-Mail beantwortete die KESB am 6. Februar 2018 dahingehend, dass die Mutter als allein Sorgeberechtigte ausschliesslich zur Vertretung der Kinder befugt und verpflichtet und dass ausserdem von der KESB eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 314abis ZGB errichtet worden sei, wobei die Kinderanwältin den Auftrag habe, die Interessen und das Wohl der Kinder im Verfahren wahrzunehmen. Hinsichtlich der Handys verhalte es sich so, dass diese den Kindern nicht ohne das Einverständnis der allein sorgeberechtigten Mutter übergeben werden könnten.

D.

In der Folge reichte A._____ am 8. Februar 2018 beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ein mit den Anträgen, dem Unterzeichnenden als Vertreter der "Ombudsstelle Kindes und Erwachsenenschutz (p.o. sz)" sei per

sofort und mit superprovisorischer Verfügung der Kontakt und Verkehr mit C._____ und D._____ zu gewähren und es seien ihm als Vertreter der "Ombudsstelle Kindes und Erwachsenenschutz (p.o. sz)" per sofort und mit superprovisorischer Verfügung sämtliche Akten über C._____ und D._____ auszuhändigen.

Mit Entscheid vom 23. März 2018 überwies das Verwaltungsgericht den sinngemässen Antrag auf Einsetzung von A._____ als Vertreter nach Art. 314a^{bis} ZGB zur weiteren Behandlung an die KESB Ausserschwyz, unter Abweisung der weitergehenden Begehren, soweit darauf einzutreten sei.

Im Rahmen der Gehörgewährung bestätigte die eingesetzte Kindesvertreterin, das Amt weiterhin auszuüben, und hielt die Mutter fest, dass auf Seiten von A._____ ein Interessenkonflikt bestehe, weshalb Rechtsanwältin K._____ als Kindesvertreterin vorzuziehen sei. Anlässlich der Kindesanhörung hielt C._____ fest, dass sie zu A._____ aktuell und künftig keinen Kontakt haben möchte. Sie sei damit einverstanden, dass ihre Interessen durch die eingesetzte Kinderanwältin K._____ vertreten würden. D._____ führte aus, er habe von G._____ gehört, dass es A._____ gebe und er habe ihn ein einziges Mal auf der Wohngruppe der Institution gesehen; dieser habe ihn sehen wollen. Auf Frage, ob er sich an den Brief erinnern könne, in welchem er der KESB mitgeteilt habe, dass er A._____ die Vollmacht erteile, ihn als Vertrauensperson einzusetzen, antwortete D._____ mit der Aussage, G._____ und Frau I.H._____ hätten ihm gesagt, er müsse den Brief verfassen. Sie hätten ihm vorgegeben, was er im Brief betreffend Vollmachtserteilung an A._____ schreiben müsse. Er selber hätte den Brief nicht von sich aus geschrieben. Im Übrigen erwähnte D._____, dass er die eingesetzte Kinderanwältin gut und nett finde.

Mit weiterer Eingabe vom 18. Mai 2018 an die KESB hielt A._____ fest, dass er rechtmässiger Vertreter und Vertrauensperson der Kinder sei und deshalb in den nächsten Tagen den uneingeschränkten Zugang zu diesen erwarte.

Mit Beschlüssen vom 23. Mai 2018 wies die KESB den Antrag von A._____ auf Einsetzung als Verfahrensbeistand nach Art. 314a^{bis} ZGB ab und bestätigte Rechtsanwältin K._____ für beide Kinder im Amt als Verfahrensbeiständin.

Gegen diese Beschlüsse erhob A._____ beim Verwaltungsgericht

des Kantons Schwyz Beschwerde. Die Mutter verlangte deren Abweisung. Mit weiterer Eingabe machte A._____ geltend, dass mehrere Whistleblower aus dem Betreuungsumfeld von C._____ und D._____ "das Regime des Terrors, der Bedrohungen und der Einschüchterungen bestätigt" hätten, weshalb ihm sofortiger Zugang zu den Kindern gewährt werden müsse. Auch die eingesetzte Kindesvertreterin verlangte die Abweisung der Beschwerde. Sie hielt fest, mit beiden Kindern separate Gespräche geführt zu haben, wobei sich die Ergebnisse dahingehend zusammenfassen liessen, dass beide sehr deutlich und vehement erklärt hätten, sie wünschten A._____ nicht an den Gesprächen dabei zu haben. Sie würden diesen nicht kennen und wollten ihn auch nicht kennenlernen. Er sei ihnen von G._____ genannt worden, welcher ihnen gesagt habe, dass sie A._____ als ihren Vertreter nennen sollten. Dabei habe D._____ erklärt, dass ihn G._____ aufgesucht und ihm die Vollmachtserklärung diktiert habe; er habe gemacht, was G._____ gewollt habe. Er wolle aber A._____ nun nicht mehr. Er kenne diesen nicht, wolle ihn nicht treffen und ihn auch nicht bei den Gesprächen dabei haben; ebenso wolle er nicht, dass A._____ Einblick in die Akten erhalte. Auch C._____ habe sich unabhängig von D._____ gleich geäußert. Sie habe die Kinder beim nächsten Treffen nochmals gefragt, ob sie es sich bezüglich A._____ anders überlegt hätten. Beide Kinder hätten unabhängig voneinander in Einzelgesprächen geantwortet, sie wünschten keinerlei Kontakt zu und keine Vertretung durch A._____.

Mit Entscheid vom 3. Oktober 2018 wies das Verwaltungsgericht die von A._____ erhobene Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

E.

Gegen den verwaltungsgerichtlichen Entscheid ging am 9. November 2018 beim Bundesgericht eine Beschwerde ein mit den Begehren um dessen Aufhebung und Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neuurteilung. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt, aber die kantonalen Akten beigezogen.

Erwägungen:

1.

Aus der Eingabe geht nicht klar hervor, ob A._____ im eigenen Namen, im Namen der Kinder oder im Namen der (keine offiziellen Funktionen ausübenden) "Ombudsstelle Kindes- und Erwachsenen-

schutz p.o. sz" und/oder ob die Ombudsstelle im Namen der Kinder oder im eigenen Namen handelt (im Kopfteil der ersten Seite erscheint die "Ombudsstelle Kindes- und Erwachsenenschutz p.o. sz" und darunter A._____ mit Adresse und Kontaktdaten; unterschrieben ist die Eingabe von A._____ für die Ombudsstelle; am Schluss der Beschwerde findet sich die Aussage, Beschwerdeführerin sei die Ombudsstelle; im Rubrum wird erwähnt "in Sachen C._____ und D._____ gegen KESB Ausserschwyz"; die Begründung enthält teils Ausführungen aus der persönlichen Optik von A._____, teils werden aber auch Rechte der Kinder als verletzt gerügt).

Parteien können vor Bundesgericht nur von Anwälten vertreten werden, die nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 (BGFA, SR 935.61) hierzu berechtigt sind (Art. 40 Abs. 1 BGG). Mithin kann die "Ombudsstelle Kindes- und Erwachsenenschutz p.o. sz" von vornherein nicht als Vertreterin der Kinder fungieren. Im bundesgerichtlichen Verfahren kann aber auch A._____ nicht im Namen der Kinder handeln, weil er als Dr. oec. publ. kein nach dem BGFA zur Parteivertretung vor Bundesgericht berechtigter Anwalt ist.

Obwohl vieles dafür spricht, dass die Ombudsstelle als Beschwerdeführerin auftreten will, wird die Beschwerde – als einzige Möglichkeit, damit sie unter Vorbehalt der gesetzlichen Beschwerdeanforderungen (dazu E. 2) überhaupt behandelt werden kann – als von A._____ im eigenen Namen erhoben entgegengenommen. Das primäre Anliegen ist denn auch, im kantonalen Verfahren als persönlicher Vertreter der Kinder zugelassen zu werden.

2.

In rechtlicher Hinsicht sind alle Rügen gemäss Art. 95 f. BGG zulässig und das Bundesgericht wendet in diesem Bereich das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), was heisst, dass es behauptete Rechtsverletzungen (Art. 42 Abs. 2 BGG) mit freier Kognition prüft. Immerhin wird eine Auseinandersetzung mit der Begründung des angefochtenen Entscheides verlangt (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116).

Hingegen legt das Bundesgericht seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). In diesem Bereich kann lediglich eine offensichtlich unrichtige – d.h. willkürliche, in Verletzung von Art. 9 BV ergangene (BGE 143 I 310 E. 2.2 S. 313) – Sachverhaltsfeststellung gerügt werden, wobei hierfür das strenge Rügeprinzip gilt (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und

belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend substantiierte Rügen und rein appellatorische Kritik am Sachverhalt nicht eintritt (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266).

3.

Weil der Beschwerdeführer nur in eigenem Namen und nicht in demjenigen der Kinder handeln kann (dazu E. 1), sind die Ausführungen gegenstandslos, soweit eine angeblich unrechtmässige Platzierung (welche im Übrigen auch gar nicht Verfahrensgegenstand ist) und eine angebliche Gehörsverletzung der Kinder, namentlich eine nicht erneut durchgeführte Anhörung vor dem Verwaltungsgericht moniert wird.

Aus dem gleichen Grund, insbesondere aber auch, weil diesbezüglich keine substantiierten Willkürrügen erhoben werden, sondern einzig appellatorische Ausführungen erfolgen, können sodann die in der Beschwerde vorgetragene Sachverhaltsbehauptungen nicht gehört werden (dazu E. 2). Dies betrifft namentlich die Behauptung, die Kinder hätten Angst, dass sie getrennt würden, wenn sie den Anordnungen der KESB und der Kinderanwältin nicht folgen würden, weshalb sie unter Druck stünden und alles wie verlangt machen, namentlich sich vom Beschwerdeführer bzw. von der Ombudsstelle abwenden würden.

4.

Als zulässiger Beschwerdegegenstand verbleibt die Frage, ob der Beschwerdeführer bei korrekter Rechtsanwendung als Kindesvertreter im Sinn von Art. 314a^{bis} ZGB hätte eingesetzt werden müssen, weil sich die Kinder ursprünglich an ihn gewandt bzw. eine Vollmacht unterzeichnet hatten.

Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde hat das Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang weder die Official- noch die Untersuchungsmaxime verletzt; es hat die entsprechende Frage ausführlich geprüft und behandelt. Angesichts der klaren Meinungsäusserung der Kinder ging das Verwaltungsgericht davon aus, dass der Beschwerdeführer über keine hinreichende Vertretungsvollmacht verfügt; es trat deshalb auf die Beschwerde nicht ein. Ferner hielt es im Sinn einer Eventualerwägung fest, dass die beiden Kinder massgeblich von G._____ (welcher im Übrigen ein Mädchen aus der gleichen Anstalt mit Geld bestochen habe, um an C._____ und D._____ heranzukommen) beeinflusst und angehalten worden seien, den Beschwerdeführer als Kindesvertreter bzw. als Vertrauensperson zu bezeichnen, dass G._____ eigene Interessen verfolge, indem er C._____ und D._____ als Pflegekinder bei sich auf-

nehmen möchte, dass ein möglicher Interessenkonflikt aber auch beim Beschwerdeführer bestehe, welcher einzig mit G._____ und nie mit der Mutter Kontakt gehabt habe; allein schon die Möglichkeit eines Interessenkonfliktes würde es ausschliessen, ihn als Vertretungsbeistand im Sinn von Art. 314a^{bis} ZGB zu ernennen.

Der Beschwerdeführer beruft sich darauf, dass er am 30. Januar 2018 um 22:29 Uhr den Leiter der KESB per E-Mail darüber orientiert habe, wonach er der rechtmässige Vertreter der Kinder sei, und der KESB-Leiter die E-Mail am 31. Januar 2018 um 09:56 Uhr an das zuständige Behördenmitglied weitergeleitet habe, was zeitlich vor der Kontaktaufnahme dieses Behördenmitgliedes mit Rechtsanwältin K._____ gewesen sei. Er folgert daraus, dass es nicht um die Frage gehe, ob er an Stelle von Rechtsanwältin K._____ als Kindesvertreter einzusetzen sei, sondern ob er als von den Kindern rechtmässig eingesetzter Vertreter von der KESB abgesetzt werden dürfe.

Bei seiner Argumentation übersieht der Beschwerdeführer, dass nicht das betroffene Kind den Vertreter einsetzt, sondern nach dem klaren Wortlaut von Art. 314a^{bis} ZGB die KESB dem Kind eine Vertretung bestellt. Weil eine allfällige "Vollmachtserteilung" durch das zu vertretende Kind folglich keine rechtliche Relevanz aufweist, bleibt ohne Belang, zu welchem Zeitpunkt eine solche erfolgt und wann sie der KESB zur Kenntnis gebracht worden ist.

Was die Einsetzung des Beschwerdeführers als Kindesvertreter anbelangt, hat das Verwaltungsgericht ausführlich dargelegt, wieso dies nicht zur Debatte stehen kann und konnte. Mit den betreffenden Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer entgegen der Begründungspflicht von Art. 42 Abs. 2 BGG (dazu E. 2) nicht auseinander. Namentlich äussert er sich nicht zum Interessenkonflikt, der es laut der Vorinstanz ausschliesst, den Beschwerdeführer als Kindesvertreter einzusetzen.

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass es vorliegend nur um die Frage der auf Art. 314a^{bis} ZGB gestützten Einsetzung eines Kindesvertreters durch die KESB und nicht um eine allfällige private Mandatierung eines Rechtsanwaltes durch die Kinder geht. Letzteres wurde vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht, weshalb sich Weiterungen in diesem Kontext erübrigen (Möglichkeit eines Kindes, selbständig einen Vertreter zu bestimmen; Frage der autonomen Willensbildung der Kinder im vorliegenden Fall; Bestimmung des genauen Zeit-

punktes, ab welchem die Kinder erwiesenermassen nichts mehr mit dem Beschwerdeführer zu tun haben wollten).

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

Angesichts der konkreten Umstände wird auf die Erhebung von Gerichtskosten verzichtet (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der KESB Ausserschwyz und dem Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz, Kammer III, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. Dezember 2018

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

Möckli