

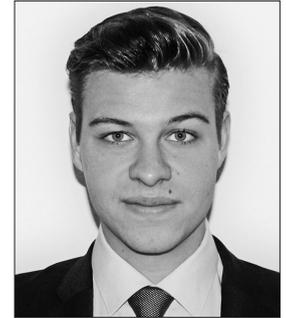


Die Kindesanhörung im Adoptionsverfahren (Art. 268a^{bis} Abs. 1 ZGB)

Wenn die Kindesanhörung verunmöglicht wird ...

STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER*

PHILIP LENGACHER**



STEPHAN WOLF***

Kinder sind nach Art. 268a^{bis} ZGB im Adoptionsverfahren von der zuständigen Behörde grundsätzlich zwingend anzuhören. Rein faktische Gegebenheiten können diesen Verfahrensschritt allerdings erschweren oder gar verunmöglichen, so z.B. wenn sich bei einer Stiefkindadoption der obhutsberechtigte leibliche Elternteil kategorisch weigert, sein Kind anhören zu lassen. Der vorliegende Beitrag untersucht, ob und wann die Adoptionsbehörde von der Anhörung des zu adoptierenden Kindes absehen kann und wie zu verfahren ist, wenn rechtlich kein Verzicht auf die Anhörung zulässig ist. Hierbei werden das Institut der Kindesanhörung und seine Funktion im Adoptionsverfahren eingehend diskutiert sowie die bundesgerichtliche Rechtsprechung, namentlich zum Begriff der Kindesanhörung, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Vorgaben (Art. 12 KRK) kritisch gewürdigt.

Selon l'art. 268a^{bis} CC, les enfants doivent en principe être entendus par l'autorité compétente dans le cadre d'une procédure d'adoption. De simples circonstances de fait suffisent parfois à rendre cette étape de la procédure difficile, voire impossible, p. ex. lorsque le parent biologique qui en a la garde refuse catégoriquement que son enfant soit entendu dans le cadre d'une adoption de l'enfant par le partenaire. Cet article examine si et quand l'autorité d'adoption peut renoncer à entendre l'enfant qui va être adopté et comment il faut procéder lorsque la loi ne permet pas de renoncer à cette audition. Il étudie en détail l'institution de l'audition de l'enfant et sa fonction dans la procédure d'adoption et soumet la jurisprudence du Tribunal fédéral à un examen critique, notamment en ce qui concerne la notion de l'audition de l'enfant en tant que telle, en se référant plus particulièrement aux dispositions du droit international (art. 12 CDE).

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Kindesanhörung als verfahrensrechtlicher Grundsatz
 - A. Gesetzliche Regelung
 - B. Begriff der Kindesanhörung
 - C. Zweck der Kindesanhörung
 - D. Anhörung von Amtes wegen
- III. Funktion der Kindesanhörung im Adoptionsverfahren
 - A. Bei urteilsfähigen Kindern
 - B. Bei urteilsunfähigen Kindern
 - C. Bedeutung für die Ermittlung des Kindeswohls
- IV. Verzicht auf die Kindesanhörung
 - A. Überblick
 - B. Alter
 - C. Wichtige Gründe

- D. Rechte des Kindes bei einem unrechtmässigen Anhörungsverzicht
- V. Mitteilung des Entscheids über die Nichtanhörung und Anordnung einer Kindesvertretung
- VI. Fazit und Subsumtionsvorschlag

I. Einleitung

Nach Art. 268a^{bis} Abs. 1 ZGB ist das Kind im Adoptionsverfahren durch die für das Adoptionsverfahren zuständige kantonale Behörde oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich anzuhören, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen. Die Kindesanhörung soll der Adoptionsbehörde ermöglichen, sich ungefiltert und unmittelbar ein eigenes Bild über die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes zu machen, und gleichzeitig dessen Stellung im Verfahren stärken.

Allerdings kann die Adoptionsbehörde die Kindesanhörung nicht immer ohne Weiteres durchführen. Fak-

* STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Professorin für Privatrecht an der Universität Bern.

** PHILIP LENGACHER, MLaw, ehem. Wissenschaftlicher Assistent, Rechtspraktikant am Regionalgericht Oberland und Doktorand an der Universität Bern.

*** STEPHAN WOLF, Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Professor für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

tische Gegebenheiten können diesen Verfahrensschritt verzögern, erschweren oder gar verunmöglichen. So kommt es etwa vor, dass bei einer Stiefkindadoption der leibliche Elternteil, in dessen Obhut das Kind steht, sich im Adoptionsverfahren konsequent und kategorisch weigert, ein sieben- oder zwölfjähriges Kind zur Anhörung zu bringen, und ohne Mitwirkung des entsprechenden Elternteils die Anhörung nicht durchgeführt werden kann. In einer solchen Situation ist die Adoptionsbehörde vor die Frage gestellt, ob die fehlende Bereitschaft des besagten Elternteils, sein Kind anhören zu lassen, für sich allein bereits als «wichtiger Grund» i.S.v. Art. 268a^{bis} Abs. 1 ZGB gelten kann, um auf die Anhörung des Kindes ganz zu verzichten. Ist dies zu bejahen, könnte der Verfahrensschritt der Kindesanhörung grundsätzlich (rechtmässig) übersprungen werden. Ist dies allerdings zu verneinen, stellt sich u.a. die Frage, ob die Adoptionsbehörde das Adoptionsgesuch als solches abweisen müsste, weil sie die für das Adoptionsverfahren vorgesehene Kindesanhörung nicht durchführen kann.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dieser bisher kaum untersuchten Problematik. Hierfür wird zunächst die Kindesanhörung als verfahrensrechtlicher Grundsatz näher betrachtet (II.) und ihre Funktion im Adoptionsverfahren aufgezeigt (III.). Alsdann werden die Voraussetzungen geklärt, unter denen auf die Kindesanhörung im Adoptionsverfahren verzichtet werden kann (IV.). Weiter wird untersucht, ob und wie dem betroffenen Kind ein allfälliger Entscheid über die Nichtanhörung mitzuteilen ist (V.), bevor ein Vorschlag für die Lösung der skizzierten Problematik unterbreitet wird (VI.).

II. Die Kindesanhörung als verfahrensrechtlicher Grundsatz

A. Gesetzliche Regelung

Die verfahrensrechtliche Vorschrift von Art. 268a^{bis} ZGB regelt die Anhörung des Kindes im Adoptionsrecht in nahezu gleichlautender Weise, wie es Art. 314a ZGB und Art. 298 ZPO für das Verfahren vor der Kindesschutzbehörde bzw. das eherechtliche Verfahren tun: Gemäss Abs. 1 wird das *Kind* durch die für das Adoptionsverfahren zuständige kantonale Behörde oder durch eine beauftragte Drittperson *in geeigneter Weise persönlich angehört*, sofern sein *Alter* oder andere *wichtige Gründe* nicht dagegen sprechen.¹ Die Anhörung ist zu proto-

kollieren (Abs. 2), und das urteilsfähige Kind kann die Verweigerung seiner Anhörung mit der Beschwerde anfechten (Abs. 3). Art. 268a^{bis} ZGB nimmt also eine bestehende Gesetzgebung mit zugehöriger Praxis auf und führt sie für das Adoptionsverfahren weiter. Die Auslegung der Norm hat daher analog den Parallelbestimmungen in Art. 314a ZGB und Art. 298 ZPO zu erfolgen.² Auch die zu aArt. 144 Abs. 2 ZGB – der vor Inkrafttreten der ZPO die Kindesanhörung im Scheidungsverfahren regelte – ergangene Rechtsprechung und Lehre behält grundsätzlich ihre Aussagekraft. Gleichzeitig setzt Art. 268a^{bis} ZGB das bereits von Völkerrechts wegen gemäss Art. 12 KRK bestehende verfahrensrechtliche Anhörungs- und Mitspracherecht jedes Kindes im nationalen Adoptionsverfahren um.³ Die Auslegung der Bestimmung hat deshalb auch *völkerrechtskonform* zu geschehen. Besondere *Autorität* genießt in diesem Zusammenhang der *General Comment No. 12* des *UN Committee on the Rights of the Child (CRC)* vom 20. Juli 2009, der den eher kurz gehaltenen Art. 12 KRK näher ausführt.

B. Begriff der Kindesanhörung

Art. 268a^{bis} ZGB handelt von der *Anhörung* des Kindes. Was der Begriff der Anhörung inhaltlich voraussetzt, wird in der Literatur allgemein kaum diskutiert.⁴ Das Bundes-

mentar, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-Verfasser); BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 268a^{bis} N 1. Der Wortlaut differiert einzig bei der jeweils in Abs. 2 festgehaltenen Protokollierungspflicht: Während Art. 298 Abs. 2 ZPO bestimmt, dass das Protokoll nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse enthalten muss und die Eltern des Kindes sowie dessen Beistand über die Ergebnisse informiert werden, lässt Art. 314a Abs. 2 ZGB die Information des Beistands ganz weg, und Art. 268a^{bis} Abs. 2 ZGB begnügt sich alsdann mit dem Hinweis, dass über die Anhörung Protokoll zu führen ist.

² GISELA KILDE, in: Sandra Hotz (Hrsg.), Handbuch Kinder im Verfahren, Stellung und Mitwirkung von Kindern in Straf-, Zivil-, Gesundheits-, Schul- und Asylverfahren, Zürich/St. Gallen 2020, 190 ff., N 6.46; BSK ZGB I-BREITSCHMID (FN 1), Art. 268a^{bis} N 1; Botschaft vom 28. November 2014 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption), BBl 2015 877 ff., 930 f.

³ SANDRA HOTZ, in: Sandra Hotz (Hrsg.), Handbuch Kinder im Verfahren, Stellung und Mitwirkung von Kindern in Straf-, Zivil-, Gesundheits-, Schul- und Asylverfahren, Zürich/St. Gallen 2020, 76 ff., N 4.49, vgl. auch N 4.40; CR CPC-JEANDIN, Art. 298 N 5, in: François Bohnet et al. (Hrsg.), Code de procédure civile, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2019 (zit. CR CPC-Verfasser).

⁴ Ansätze vorhanden bei MICHELLE COTTIER, in: Audrey Leuba/Martin Stettler/Andrea Büchler/Christoph Häfeli (Hrsg.), FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. FamKomm Erwachsenenschutz-Verfasser), Art. 314a ZGB N 9, 17, sowie KURT AFFOLTER-FRINGELI/URS VOGEL, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, Art. 296–317 ZGB, Das Kindesvermögen, Art. 318–327 ZGB, Minderjährige unter Vormund-

¹ BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 268a N 8, in: Thomas Geiser/Christiane Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kom-

gericht seinerseits befasste sich in BGE 131 III 553 mit dem Begriff und hielt Folgendes fest: «Das Gesetz spricht von einer «Anhörung», was semantisch eine verbale Äusserung des Kindes voraussetzt; die blossе «Anschauung» oder Beobachtung des Kindes wird diesem Erfordernis nicht gerecht. Folglich setzt die Anhörung ein entsprechendes Alter des Kindes voraus und insofern ist sie von der kinderpsychiatrischen Begutachtung abzugrenzen, bei der die Beobachtung des Kindes eine von mehreren Erkenntnisquellen darstellen kann und für deren Anordnung kein bestimmtes Mindestalter vorausgesetzt ist.»⁵ Mit Kindesanhörung gemeint ist somit nach dem Bundesgericht in erster Linie die Protokollierung mündlicher Äusserungen des Kindes zum Gegenstand des Verfahrens, was die Fähigkeit des Kindes zur verbalen Kommunikation und damit ein bestimmtes Alter naturgemäss voraussetzt.⁶

Ob sich dieses Begriffsverständnis mit den völkerrechtlichen Vorgaben vereinbaren lässt, erscheint u.E. fraglich. Das Bundesgericht hält ausdrücklich fest, dass die blossе «Anschauung» des Kindes keine «Anhörung» sei; vielmehr setzt der Anhörungsbegriff voraus, dass sich das Kind verbal äussern könne.⁷ Art. 12 Abs. 1 KRK verlangt allerdings, dass eine Anhörung und Mitsprache gerade auch bei Kleinkindern sichergestellt wird, sei es auch bloss durch nonverbale Kommunikationsformen wie Spielen, Malen, Körpersprache oder Gesichtsausdrücke des Kindes.⁸ Aus der Perspektive der KRK kann damit eine Anhörung – entgegen der bundesgerichtlichen Auffassung – durchaus auch in der Dokumentation und Deutung nichtverbaler Kommunikation des Kindes bestehen.⁹ Wäre dem nicht so, bliebe eine grosse Gruppe von Kindern *a priori* von der Kindesanhörung ausgeschlossen.

sen.¹⁰ Die Beachtung des übergeordneten Rechts gebietet damit u.E. ein weites Verständnis des Begriffs der Anhörung.¹¹ Die Anhörung bezieht sich folglich sowohl auf die verbale wie auch auf die nonverbale Kommunikation des Kindes. Sie setzt schlicht voraus, dass sich das Kind in *irgendeiner auswertbaren Art und Weise* zu äussern vermag.¹² Die Anhörung des Kindes ist keine Einvernahme,¹³ und sie darf nicht von der Fähigkeit des Kindes zu einer mündlichen Unterhaltung abhängig gemacht werden, weil gerade kleinere Kinder ihre Wünsche und Vorlieben primär durch nonverbale Kommunikation zum Ausdruck bringen.¹⁴

C. Zweck der Kindesanhörung

Zweck der Kindesanhörung ist es, das Kind als handelndes Subjekt mit seinen eigenen Wünschen, Präferenzen und Bedürfnissen wahrzunehmen, es also nicht als blosses Objekt im Rahmen der Adoption zu betrachten.¹⁵ Demnach bezweckt die Kindesanhörung einerseits die *Respektierung der Persönlichkeit* des Kindes¹⁶ und die Stärkung seiner Stellung in allen es betreffenden Ver-

schaft, Art. 327a–327c ZGB, Bern 2016 (zit. BK-Verfasser), Art. 314a ZGB N 18.

⁵ BGE 131 III 553 E. 1.2.2.

⁶ Vgl. ANNETTE SPYCHER, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II: Art. 150–352 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-Verfasser), Art. 298 ZPO N 8.

⁷ BGE 133 III 533 E. 1.2.2.

⁸ STEFANIE SCHMAHL, Handkommentar Kinderrechtskonvention, 2. A., Baden-Baden 2017, Art. 12 KRK N 8; United Nations, Committee on the Rights of the Child, Convention on the Rights of the Child, General Comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard, N 21.

⁹ So bereits zu Recht ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Die Anhörung des Kindes unter besonderer Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Fragen, AJP 1999, 1578 ff., 1586, allerdings ohne Berufung auf Art. 12 KRK.

¹⁰ SCHMAHL (FN 8), Art. 12 KRK N 8; MARTINA PALM-RISSE, Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie, Diss. Bonn 1990, 103.

¹¹ Vgl. General Comment No. 12 (FN 8), N 20. Das verlangt Offenheit von den rechtsanwendenden Behörden, so JEAN ZERMATTEN, Schutz versus Mitsprache des Kindes?, Überlegungen zum Spannungsfeld zwischen Art. 3 und 12 der UNO-Kinderrechtskonvention (KRK), ZVW 2009, 297 ff., 323.

¹² BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL (FN 4), Art. 314a ZGB N 18; GUY BODENMANN/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Die Anhörung von Kindern aus rechtlicher und psychologischer Sicht, FamPra 2003, 22 ff., 32; vgl. auch FamKomm Erwachsenenschutz-COTTIER (FN 4), Art. 314a ZGB N 22, hinsichtlich der Anhörung geistig behinderter Kinder.

¹³ STEFANIE PFÄNDER BAUMANN, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/Verfasser), Art. 298 ZPO N 7.

¹⁴ Vgl. FamKomm Erwachsenenschutz-COTTIER (FN 4), Art. 314a ZGB N 9.

¹⁵ Vgl. FamKomm Erwachsenenschutz-COTTIER (FN 4), Art. 314a ZGB N 6, für die Anhörung des Kindes in Verfahren vor der Kindesschutzbehörde; siehe auch JONAS SCHWEIGHAUSER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 298 ZPO N 21; sowie JONAS SCHWEIGHAUSER, in: Ingeborg Schwenzer/Roland Fankhauser (Hrsg.), FamKomm Scheidung, 3. A., Bern 2017 (zit. FamKomm Scheidung-Verfasser), Art. 298 ZPO N 12; BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL (FN 4), Art. 314a ZGB N 19.

¹⁶ KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 298 N 1, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO ZPO-Verfasser).

fahren.¹⁷ Andererseits dient die Kindesanhörung stets auch der *Sachverhaltsfeststellung*.¹⁸ Gerichte und Behörden sollen sich durch die Anhörung des Kindes unmittelbar und ungefiltert ein Bild über die individuellen Wünsche und Bedürfnisse des Kindes machen können.¹⁹ Das Anhörungsrecht trägt insoweit auch zur Verwirklichung des Kindeswohls bei.²⁰ Es offenbart sich als Teil der elementaren verfahrensrechtlichen Grundregeln.²¹

Die Anhörung muss deshalb grundsätzlich allen vom fraglichen Verfahren betroffenen Kindern offenstehen, weshalb der Anhörungsanspruch insbesondere nicht an die Urteilsfähigkeit des Kindes geknüpft ist.²² Alter und Reife dürfen nach den völkerrechtlichen Vorgaben nicht darüber entscheiden, ob das Kind angehört wird, sondern entfalten Relevanz nur hinsichtlich der Art und Weise, wie das Kind anzuhören ist.²³ Da die Kindesanhörung ein höchstpersönliches²⁴ Recht des Kindes darstellt,²⁵ hat seine Urteilsfähigkeit allerdings Auswirkungen auf die Funktion der Kindesanhörung im Adoptionsverfahren (III.A.) und die Möglichkeiten des Kindes, sich gegen eine unrechtmässige Nichtanhörung zu wehren (IV.D.).

D. Anhörung von Amtes wegen

Nach dem Gesagten wird deutlich, dass das Gesetz von einem *Grundsatz der Kindesanhörung* ausgeht. Die Anhörung jeden Kindes muss im Adoptionsverfahren stets

den Ausgangspunkt bilden; Ausnahmen vom Grundsatz sind restriktiv anzunehmen,²⁶ sie müssen wohlbegründet sein und ihren Rückhalt in den vom Gesetz ausdrücklich vorgegebenen Tatbeständen «Alter» und «wichtige Gründe» finden (Art. 268a^{bis} Abs. 1 ZGB).

Weil die Anhörung des Kindes den Grundsatz darstellt, kann sie nicht von Parteienanträgen und dergleichen abhängen. Vielmehr hat sie unbesehen irgendwelcher Anträge *von Amtes wegen* stattzufinden.²⁷ Das Kind ist somit *zwingend* anzuhören – dies auch aufgrund der Geltung des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes zur möglichst umfassenden Erforschung des Sachverhalts im Adoptionsverfahren.²⁸

III. Funktion der Kindesanhörung im Adoptionsverfahren

A. Bei urteilsfähigen Kindern

Ist das zu adoptierende Kind urteilsfähig (Art. 16 ZGB), so resultieren daraus drei Auswirkungen auf das Adoptionsverfahren. Erstens kann das urteilsfähige Kind seinen Anhörungsanspruch im Adoptionsverfahren *selbstständig* geltend machen. Dies ergibt sich einerseits aus Art. 268a^{bis} Abs. 3 ZGB, wonach das urteilsfähige Kind die Verweigerung seiner Anhörung mit Beschwerde anfechten kann, andererseits bereits aus der allgemeinen Regel von Art. 19c Abs. 1 ZGB, der zufolge urteilsfähige handlungsunfähige Personen höchstpersönliche Rechte – wie den Anhörungsanspruch (vgl. II.C.) – *selbstständig*²⁹ ausüben können.³⁰ Zweitens erscheint die Anhörung des urteilsfähigen Kindes weniger als Mittel der Adoptionsbehörde zur Sachverhaltsfeststellung als vielmehr als dessen eigenständiges, *persönlichkeitsbezogenes Mitwir-*

¹⁷ BGer, 5A_164/2019, 20.5.2020, E. 3.3.2.

¹⁸ BGE 131 III 553 E. 1.1; BGer, 5A_164/2019, 20.5.2020, E. 3.3.2; BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL (FN 4), Art. 314a ZGB N 16; OFK-HÄFELI, Art. 314a ZGB N 1, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar ZGB, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK-Verfasser).

¹⁹ BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/PFÄNDER BAUMANN (FN 13), Art. 298 ZPO N 7.

²⁰ FamKomm Erwachsenenschutz-COTTIER (FN 4), Art. 314a ZGB N 6; BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL (FN 4), Art. 314a ZGB N 18. BSK ZGB I-BREITSCHMID (FN 1), Art. 314a–314a^{bis} N 3.

²¹ BGE 131 III 553 E. 1.2.2; BGer, 5A_775/2016, 17.1.2016, E. 3.3; 5A_554/2014, 21.10.2014, E. 5.1.2; BSK ZPO-MICHEL/STECK, Art. 298 N 12, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Verfasser).

²² NATALIE IVANTIS, Die Stellung des Kindes in auf Einvernehmen gerichteten gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfahren in Kindschaftssachen, Diss. Frankfurt a.M. 2012, 50; SCHMAHL (FN 8), Art. 12 KRK N 8. Das Gesetz bringt denn auch zum Ausdruck, dass die Anhörung *in geeigneter Weise*, d.h. kindes- und altersgerecht, zu erfolgen hat.

²³ Ob es sich hierbei um ein absolut oder relativ höchstpersönliches Recht handeln soll, ist umstritten. Die Diskussion in der Lehre wird namentlich dargestellt bei BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL (FN 4), Art. 314a ZGB N 9.

²⁴ BGE 131 III 553 E. 1.1; BGer, 5A_397/2011, 14.7.2011, E. 2.2; 5A_402/2011, 5.12.2011, E. 5.1.

²⁶ Dies folgt auch aus dem methodischen Gebot, Ausnahmevorschriften restriktiv auszulegen (vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MARTINA BOSSHARDT, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2019, N 113).

²⁷ BGer, 5A_164/2019, 20.5.2020, E. 3.3.2; 5A_723/2019, 4.5.2020, E. 5.1; BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 10; BK-SPYCHER (FN 6), Art. 298 ZPO N 10; so auch BGer, 5A_971/2015, 30.6.2016, E. 5.1; 5A_714/2015, 28.4.2016, E. 4.2.2; 5A_402/2011, 5.12.2011, E. 5.1.

²⁸ Vgl. BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 2 mit Verweis auf BGE 131 III 553 E. 1.1; VERENA BRÄM, Die Anhörung des Kindes im neuen Scheidungsrecht, AJP 1999, 1568 ff., 1568; DANIEL STECK/WILHELM FELDER, Zusammenwirken von Behörden und Experten bei der Anhörung von Kindern in familienrechtlichen Verfahren, FamPra 2003, 43 ff., 45.

²⁹ FamKomm Erwachsenenschutz-COTTIER (FN 4), Art. 314a ZGB N 8; BODENMANN/RUMO-JUNGO (FN 12), 24.

³⁰ BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 12.

kunftsrecht.³¹ Seine Urteilsfähigkeit vermittelt ihm also die Möglichkeit, selbst am Verfahren teilzunehmen.³² Das Bundesgericht erwägt dementsprechend: «Die Anhörung des Kindes ist zum einen Ausfluss seiner Persönlichkeit und dient zum anderen der Sachverhaltsfeststellung. [...] Während bei älteren Kindern der persönlichkeitsrechtliche Aspekt im Vordergrund steht und das Kind ein eigenes Mitwirkungsrecht hat, ist die Anhörung bei kleineren Kindern im Sinne eines Beweismittels zu verstehen [...].»³³ Drittens müssen gemäss Art. 265 Abs. 1 ZGB urteilsfähige Kinder – im Unterschied zu urteilsunfähigen – der Adoption *zustimmen*.³⁴ Das Zustimmungserfordernis als materielle Adoptionsvoraussetzung ist zwar von der verfahrensrechtlichen Anhörungsvorschrift zu unterscheiden. Allerdings hängen das Einholen der Zustimmung und die Anhörung des urteilsfähigen Kindes insofern zusammen, als sie im selben Verfahrensschritt vereinigt werden können: Die Anhörung des urteilsfähigen Kindes dient in der Regel auch dem Einholen der Zustimmung, mindestens aber geht sie der Zustimmung unmittelbar voran.³⁵

Es stellt sich deshalb die Frage, ab welchem *Alter* das anzuhörende Kind als urteilsfähig gilt. Obschon die Urteilsfähigkeit stets im jeweiligen Einzelfall zu prüfen ist (sog. Relativität der Urteilsfähigkeit), bietet es sich an, jedenfalls im Sinne einer Faustregel bestimmte Altersgrenzen aufzustellen, bei deren Erreichen von der Urteilsfähigkeit des Kindes ausgegangen werden kann. So hält das Bundesgericht dafür, hinsichtlich der *Kindesanhörung* (Art. 268a^{bis} ZGB) ab dem *vollendeten 12. Altersjahr* von Urteilsfähigkeit auszugehen, denn dann «sind gewöhnlich die Voraussetzungen für die diesbezügliche Urteilsfähigkeit gegeben, sodass eine umfassende Beweisaussage und die Ausübung des Persönlichkeitsrechts möglich sind».³⁶ Demgegenüber liegt die Urteilsfähigkeit eines Kindes bezüglich der materiellen Adoptionsfragen und damit mit Blick auf das *Zustimmungserfordernis* (Art. 265 Abs. 1 ZGB) mit dem *vollendeten 14. Lebensjahr* sicher vor und

ist von da an zu vermuten.³⁷ Allerdings kann auch bei einem Kind zwischen 10 und 14 Jahren Urteilsfähigkeit vorliegen, sofern die Einzelfallumstände dies unterstreichen.³⁸ Als massgebend erweist sich letztlich, ob das Kind nach seiner geistigen Reife imstande ist, die Tragweite der Adoption für seine eigene Situation zu begreifen und sich darüber ein selbständiges Urteil zu bilden.³⁹ Bei einem Kind unter 10 Jahren ist dies in Bezug auf die Zustimmung zur Adoption wohl grundsätzlich zu verneinen.⁴⁰

B. Bei urteilsunfähigen Kindern

Während bei älteren, urteilsfähigen Kindern der persönlichkeitsrechtliche Aspekt im Vordergrund steht und das Kind ein eigenes Mitwirkungsrecht hat, ist die Anhörung bei jüngeren, urteilsunfähigen Kindern vor allem im Sinne eines Beweismittels zu verstehen.⁴¹ Ist das Kind mit Blick auf die Anhörung nicht urteilsfähig, dient seine Anhörung gerade in erster Linie der *Sachverhaltsfeststellung* durch die Adoptionsbehörde.⁴² Es geht hier – in Anwendung der eben dargestellten Faustregel (III.A.) – um die Anhörung von Kindern im Alter von bis zu 12 Jahren.⁴³ Vor diesem Alter, so das Bundesgericht, «geht es bei der Kindesanhörung einzig darum, dass sich das urteilende Gericht ein persönliches Bild machen kann und über ein zusätzliches Element bei der Sachverhaltsfeststellung und Entscheidungsfindung verfügt».⁴⁴ Neben der Sachverhaltsfeststellung verfolgt die Anhörung jüngerer Kinder auch den Zweck, diesen Kindern die Möglichkeit zu bieten, sich zum Adoptionsverfahren zu äussern,⁴⁵ und sie gleichzeitig über das Verfahren zu informieren.⁴⁶ Die Adoptionsbehörde soll sich ein persönliches – mithin aktuelles und

³¹ BGE 131 III 553 E. 1.1; BGer, 5A_472/2013, 21.8.2013, E. 3; 5A_554/2014, 21.10.2014, E. 5.1.3.

³² BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL (FN 4), Art. 314a ZGB N 17.

³³ BGer, 5A_723/2019, 4.5.2020, E. 5.1.

³⁴ KILDE (FN 2), N 6.39.

³⁵ Vgl. BSK ZGB I-BREITSCHMID (FN 1), Art. 265 N 5; CYRIL HEGNAUER, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Art. 252–269c ZGB, Bern 1984 (zit. BK-Verfasser), Art. 265 ZGB N 11.

³⁶ BGer, 5A_701/2011, 12.3.2012, E. 2.2.2; siehe auch BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 27, sowie BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL (FN 4), Art. 314a ZGB N 37.

³⁷ BGE 107 II 18 E. 4; OFK-HÄFELI (FN 18), Art. 265 ZGB N 4; BSK ZGB I-BREITSCHMID (FN 1), Art. 265 N 7.

³⁸ BSK ZGB I-BREITSCHMID (FN 1), Art. 265 N 7.

³⁹ BK-HEGNAUER (FN 35), Art. 265 ZGB N 9.

⁴⁰ BSK ZGB I-BREITSCHMID (FN 1), Art. 265 N 6.

⁴¹ BGer, 5A_164/2019, 20.5.2020, E. 3.3.2; 5A_723/2019, 4.5.2020, E. 5.1.

⁴² BGer, 5A_299/2011, 8.8.2011, E. 3; DIETER FREIBURGHAN, Auswirkungen der Scheidungsrechtsrevision auf die Kinderbelange und die vormundschaftlichen Organe, ZVW 1999, 133 ff., 141; RUTH REUSSER, Die Stellung des Kindes im neuen Scheidungsrecht, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, 175 ff., N 4.75.

⁴³ Vgl. BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL (FN 4), Art. 314a ZGB N 36.

⁴⁴ BGer, 5A_911/2012, 14.2.2013, E. 7.2.2.

⁴⁵ BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL (FN 4), Art. 314a ZGB N 36.

⁴⁶ BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 18; FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER (FN 15), Art. 298 ZPO N 22.

unmittelbar eigenes – Bild des zu adoptierenden Kindes machen können.⁴⁷

C. Bedeutung für die Ermittlung des Kindeswohls

Bei allen Kindern – ungeachtet ihres Alters, ihrer Reife oder ihrer Urteilsfähigkeit – steht die Anhörung im Adoptionsverfahren in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Kindeswohl.

Jede Adoption muss dem Wohl des Kindes dienen, weswegen Art. 264 Abs. 1 ZGB das Kindeswohl zur *zentralen materiellen Adoptionsvoraussetzung* erhebt.⁴⁸ Das Kindeswohl ist Ziel und Rechtfertigung der Adoption überhaupt und unterliegt, weil Hauptzweck des Instituts, hohen Anforderungen.⁴⁹ Art. 268a ZGB macht die Aussprache der Adoption deshalb von einer vorausgehenden *enquête sociale* abhängig.⁵⁰ Die *enquête sociale* als umfassende Untersuchung der Verhältnisse durch die Adoptionsbehörde soll Sicherheit dafür leisten, dass die Adoption in Anbetracht der gesamten Umstände des Einzelfalles im Kindeswohl liegt.⁵¹

Diese sorgfältige und umfassende Ausleuchtung aller für das familiäre Zusammenleben bedeutungsvollen Aspekte bildet den eigentlichen Kern des Adoptionsverfahrens. Es sind sämtliche formellen gesetzlichen Voraussetzungen der Adoption sowie alle für das Kindeswohl massgeblichen Umstände zu untersuchen. Aufgrund der im Rahmen der *enquête sociale* getätigten Abklärungen über das weitere Umfeld hat die Behörde das *Vorliegen eines gültigen Gesuchs* (insb. der persönlichen Voraussetzungen), der *sachlichen Voraussetzungen* (Wahrung des Kindeswohls, auch leiblicher Kinder), der *zeitlichen Voraussetzungen* (Alter, Mindestalter usw.) und das *Vorliegen der Zustimmung des Kindes* (Art. 265 Abs. 1 ZGB), der KESB (Art. 265 Abs. 2 sowie Art. 422 Ziff. 1 ZGB)

bzw. der *Eltern* (Art. 265a und 265b ZGB) oder die Umstände, weshalb davon abgesehen werden kann (Art. 265c ZGB), bzw. den Entscheid der KESB über das Absehen (Art. 265d Abs. 1 ZGB) zu prüfen.⁵²

Der anschliessende Entscheid über das Adoptionsgesuch, der zwingend zu begründen ist, hat sich über das Vorliegen der Adoptionsvoraussetzungen auszusprechen und *muss insbesondere in Bezug auf das Kindeswohl eine konkrete Wertung der Umstände enthalten*. Die Anhörung des Kindes ist dabei Teil der im Rahmen der *enquête sociale* getätigten Abklärungen und dient in besonderem Masse der Feststellung, ob die Adoption im Kindeswohl liegt. Mit der Kindesanhörung soll im Adoptionsverfahren also gerade auch eruiert werden, ob die *zentrale Adoptionsvoraussetzung* «Kindeswohl» (Art. 264 Abs. 1 ZGB) gegeben ist.^{53, 54} Damit kommt der Kindesanhörung bei der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts im Adoptionsverfahren eine ganz besondere Bedeutung zu.

IV. Verzicht auf die Kindesanhörung

A. Überblick

Das Gesetz geht vom *Grundsatz der Anhörung des Kindes* aus, was durch die besondere Bedeutung der Kindesanhörung für die Feststellung des Kindeswohls im Adoptionsverfahren (vgl. soeben III.) zusätzlich verstärkt wird. Das Gesetz lässt den Verzicht auf die Anhörung ausnahmsweise⁵⁵ mit Blick auf das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe zwar zu (Art. 268a^{bis} Abs. 1 ZGB), jedoch ohne die Altersgrenze oder die wichtigen Gründe näher zu konkretisieren. Über die Zulässigkeit dieser Ausnahmen ist durch Auslegung («Alter» als unbestimmter Rechtsbegriff⁵⁶) bzw. nach Art. 4 ZGB («wichtige Gründe» als Wertbegriff⁵⁷) zu entscheiden.

B. Alter

Hinsichtlich des Absehensgrundes des *Alters* besteht eine gefestigte Praxis. So nimmt das Bundesgericht seit BGE

⁴⁷ Vgl. BGer, 5A_2/2016, 28.4.2016, E. 2.3; 5A_354/2015, 3.8.2015, E. 3.1.

⁴⁸ CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. A., Bern 1999, N 11.03; BK-HEGNAUER (FN 35), Art. 264 ZGB N 56 ff.; BSK ZGB I-BREITSCHMID (FN 1), Art. 264 N 18 f.; CHK-BIDERBOST, Art. 264 ZGB N 15 f., in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016.

⁴⁹ BGer, 5A_207/2012, 25.4.2012, E. 4.1.3; KUKO ZGB-PFAFFINGER, Art. 264 N 4, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. A., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-Verfasser); allgemein: INGEBORG SCHWENZER, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, FamPra 2014, 966 ff., 975.

⁵⁰ KUKO ZGB-PFAFFINGER (FN 49), Art. 268a N 1.

⁵¹ KUKO ZGB-PFAFFINGER (FN 49), Art. 264 N 5 mit Verweis auf BGer, 5A_207/2012, 25.4.2012, E. 4.1.1.

⁵² BSK ZGB I-BREITSCHMID (FN 1), Art. 268 N 16 ff.

⁵³ Vgl. BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 1; FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER (FN 15), Art. 298 ZPO N 12.

⁵⁴ Vgl. auch FREIBURGHANUS (FN 42), 142.

⁵⁵ FamKomm Erwachsenenschutz-COTTIER (FN 4), Art. 314a ZGB N 20.

⁵⁶ Vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-Verfasser), Art. 4 ZGB N 136 f.

⁵⁷ Vgl. BK-HRUBESCH-MILLAUER (FN 56), Art. 4 ZGB N 140.

131 III 553 in konstanter Rechtsprechung an, dass eine Kindesanhörung sinnvollerweise erst *ab dem vollendeten 6. Altersjahr* (sog. Schwellenalter) durchgeführt wird.⁵⁸ Ob auch bei jüngeren Kindern eine Anhörung vorzunehmen ist, geht aus der bundesgerichtlichen Praxis nicht mit wünschenswerter Klarheit hervor. Einerseits betonte das höchste Gericht verschiedentlich, dass das Schwellenalter mit Blick auf den gesetzgeberischen Verzicht, eine Altersgrenze festzulegen, nicht schematisch verstanden werden dürfe, man vielmehr auf den «jeweiligen Entwicklungsstand des Kindes abzustellen»⁵⁹ habe und es demnach «nicht ausgeschlossen [ist], je nach den konkreten Umständen auch ein etwas jüngeres Kind anzuhören».⁶⁰ Andererseits findet sich auch die Aussage, dass eine Anhörung der Kinder vor dem 6. Lebensjahr «im Normalfall kaum je in Betracht» falle.⁶¹ In der Lehre wird das vom Bundesgericht gesetzte Schwellenalter teilweise als zu hoch angesetzt kritisiert.⁶² So wird etwa vertreten, die Kindesanhörung bereits ab dem 5.⁶³ bzw. 4.⁶⁴ Altersjahr oder noch früher, abhängig vom jeweiligen konkreten Entwicklungsstand des Kindes,⁶⁵ zuzulassen.

Schematisch bei allen Kindern unter Berufung auf Art. 268a^{bis} Abs. 1 ZGB von der Anhörung abzusehen, wenn sie das 6. Altersjahr noch nicht vollendet haben, lässt sich – wie auch schon der vom Bundesgericht verwendete Begriff der Anhörung (vgl. oben II.B.) – u.E. eigentlich nicht mit den völkerrechtlichen Vorgaben in Übereinstimmung bringen. So liest man etwa im General Comment zu Art. 12 KRK: «The Committee emphasizes that article 12 imposes no age limit on the right of the child to express her or his views, and discourages from introducing age limits either in law or in practice which would restrict the child's right to be heard in all matters affecting her or him.»⁶⁶ Die Empfehlung, nicht mit bestimmten Alters-

grenzen zu arbeiten, gilt vor allem deshalb, weil Kinder bereits in sehr jungen Jahren fähig sind, sich eine eigene Meinung zu bilden, selbst wenn sie diese noch nicht im eigentlichen Sinne verbalisieren können.⁶⁷ Entsprechend führt der General Comment weiter aus: «Research shows that the child is able to form views from the youngest age, even when she or he may be unable to express them verbally. Consequently, full implementation of article 12 requires recognition of, and respect for, non-verbal forms of communication including play, body language, facial expressions, and drawing and painting, through which very young children demonstrate understanding, choices and preferences.»⁶⁸ Damit Art. 12 KRK nicht unterlaufen wird, verlangt die völkerrechtskonforme Auslegung, dass die Adoptionsbehörde beim Absehensgrund *Alter* stets von Amtes wegen prüft, ob das in Frage stehende Kind von weniger als sechs Jahren nicht doch anzuhören ist. Ob ein Kind, das das entsprechende Schwellenalter noch nicht erreicht hat, einen Anspruch auf Anhörung hat, ist danach zu beurteilen, ob es nach Ansicht der zuständigen Behörde oder einer von ihr beauftragten Fachperson ein ausreichendes Verständnis hat, um sich eine angemessene Meinung zu der Sache bilden zu können.⁶⁹ Statt zu fragen, ob Kinder unter sechs Jahren ausnahmsweise angehört werden müssen, sollte also vielmehr danach gefragt werden, ob sie aufgrund ihres Alters ausnahmsweise nicht angehört werden können. Ob sich das in Frage stehende Kind mündlich äussern kann oder nicht, darf dabei nicht entscheidend sein, denn der Anhörungsbegriff setzt dieses Kriterium – entgegen der bundesgerichtlichen Auffassung – nicht voraus (vgl. II.B.). Hinzu kommt: Der Sachverhaltsermittlung (vgl. III.B.) kann auch die reine Beobachtung des Kindes dienen.⁷⁰

C. Wichtige Gründe

Ein Verzicht auf die Anhörung des Kindes ist nur aus denjenigen «wichtigen Gründen» zulässig, *die in der Person des Kindes selbst liegen*.⁷¹ Deshalb kann im Adoptionsverfahren namentlich der generelle Wunsch eines Eltern-

⁵⁸ BGE 131 III 553 E. 1.2.3; siehe auch BGer, 5A_723/2019, 4.5.2020, E. 5.1; 5A_971/2015, 30.6.2016, E. 5.1; 5A_554/2014, 21.10.2014, E. 5.1.2; 5A_869/2013, 24.3.2014, E. 2.1.1; 5A_557/2013, 23.12.2013, E. 2.1; 5A_911/2012, 14.2.2013, E. 7.2; 5A_397/2011, 14.7.2011, E. 2.3; 5A_701/2011, 12.3.2012, E. 2.2.2.

⁵⁹ BGer, 5A_397/2011, 14.7.2011, E. 2.3.

⁶⁰ BGer, 5A_723/2019, 4.5.2020, E. 5.1.

⁶¹ BGer, 5A_701/2011, 12.3.2012, E. 2.2.2.

⁶² So etwa FamKomm Erwachsenenschutz-COTTIER (FN 4), Art. 314a ZGB N 20.

⁶³ So z.B. BODENMANN/RUMO-JUNGO (FN 12), 27.

⁶⁴ So z.B. MICHAEL KARLE/SANDRA GATHMANN/GUNTHER KLOSINSKI, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Praxis der Kindesanhörung nach § 50b FGG, Köln 2010, 155; CHRISTOPHE HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Diss. Fribourg 2012, N 380.

⁶⁵ BODENMANN/RUMO-JUNGO (FN 12), 27; HERZIG (FN 64), N 380.

⁶⁶ General Comment (FN 8), N 21 (Hervorhebungen hinzugefügt); gl.M. SCHMAHL (FN 8), Art. 12 KRK N 8.

⁶⁷ SCHMAHL (FN 8), Art. 12 KRK N 8.

⁶⁸ General Comment No. 12 (FN 8), N 21 (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁶⁹ So auch der General Comment No. 12 (FN 8), N 21.

⁷⁰ So ausdrücklich BODENMANN/RUMO-JUNGO (FN 12), 26; RUMO-JUNGO (FN 9), AJP 1999, 1586.

⁷¹ BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 28; FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER (FN 15), Art. 298 ZPO N 30; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/PFÄNDER BAUMANN (FN 13), Art. 298 ZPO N 11; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF (FN 16), Art. 298 N 13; RUMO-JUNGO (FN 9), AJP 1999, 1582.

teils, auf eine Anhörung des Kindes zu verzichten, sowie dessen Widerstand, das Kind zur Anhörung zu bringen, grundsätzlich nie einen wichtigen Grund für das Absehen von der Kindesanhörung darstellen.⁷² Im Übrigen können die Eltern bzw. ein Elternteil schon gar nicht auf die Kindesanhörung, die ein Recht des Kindes selbst darstellt, verzichten.⁷³

Die Anhörung darf das Kind alsdann nicht übermässig belasten.⁷⁴ Von der Anhörung ist deshalb dann abzusehen, wenn sie mit Rücksicht auf die physische oder psychische Gesundheit des Kindes effektiv eine *übermässige Belastung* und dadurch eine Gefährdung des Kindeswohls⁷⁵ darstellen würde.⁷⁶ Eine bloss mögliche bzw. nicht übermässige Belastung des Kindes bildet indessen noch keinen wichtigen Grund.⁷⁷

Von einer Anhörung ist auch stets dann abzusehen, wenn die Anhörung für das Kind *unzumutbar* wäre,⁷⁸ etwa weil es sich in einem erheblichen Loyalitätskonflikt befindet.⁷⁹ In der Rechtsprechung sind weiter folgende wichtige Gründe für das Absehen von der Anhörung eines Kindes erwähnt worden: Aussageverweigerung des Kindes, befürchtete Repressalien, dauernder Auslandsaufenthalt oder befürchtete Gesundheitsschädigung.⁸⁰ Allerdings darf die Anhörung des Kindes nicht mit dem Vorwand eines nicht weiter belegten Loyalitätskonfliktes oder ei-

ner möglichen Belastung des Kindes abgelehnt werden.⁸¹ Auch das Bundesgericht erwägt gleichermassen das Folgende: «Die Botschaft nennt beispielhaft die Ablehnung der Anhörung durch das Kind als wichtigen Grund [...], wobei sicherzustellen wäre, dass das Kind dabei nicht durch einen Elternteil beeinflusst ist. Die Literatur nennt als weitere wichtige Gründe den begründeten Verdacht auf Repressalien gegenüber dem Kind, dessen dauernden Aufenthalt im Ausland, die Beeinträchtigung der Gesundheit durch die Anhörung sowie die besondere Dringlichkeit der Anordnungen [...]. Schliesslich würde es keinen Sinn ergeben, ein Kind anzuhören, das geistig behindert oder in seiner Entwicklung in einer Weise retardiert ist, dass seinen Ausführungen kein Aussagewert beigemessen werden könnte. Hingegen würde es nicht angehen, auf die Anhörung mit dem (nicht weiter belegten) Vorwand zu verzichten, man wolle dem Kind die Belastung ersparen [...]»⁸² Dementsprechend führt das höchste Gericht weiter aus: «Deshalb darf von einer beantragten Anhörung nur dann abgesehen werden, wenn – nebst anderen möglichen Gründen – eine eigentliche Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Gesundheit des Kindes zu befürchten ist.»⁸³

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf ebenfalls nicht auf die Anhörung verzichtet werden, wenn die Behörde bloss im Sinne einer *antizipierten Beweiswürdigung* zum Schluss gelangt, dass die Kindesanhörung keinen entscheidenden Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens haben werde.^{84,85} Faktisch könnte die Kindesanhörung mit einer solchen antizipierten Beweiswürdigung fast durchwegs ausgehebelt werden.⁸⁶ Nach neuester Rechtsprechung sollen diese Überlegungen jedoch dort in den Hintergrund treten, wo die Behörde oder das Gericht zum Schluss kommt, dass eine Anhörung des

⁷² KUKO ZPO-VAN DE GRAAF (FN 16), Art. 298 N 13; BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 28; BRÄM (FN 28), AJP 1999, 1571.

⁷³ Statt aller: FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER (FN 15), Art. 298 ZPO N 37.

⁷⁴ Vgl. CHRISTINE BALTZER-BADER, Die Anhörung des Kindes – praktisches Vorgehen, AJP 1999, 1574 ff., 1576 f.

⁷⁵ HERZIG (FN 64), N 408; in diesem Sinne auch ANDREA BÜCHLER/MICHELLE COTTIER/PHILIP D. JAFFE/HEIDI SIMONI, Empfehlungen vom 4. Juni 2018 zur Anhörung des Kindes im Verfahren der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, Internet: https://www.unige.ch/cide/files/3315/2904/4857/Anhoerung_Kinder_Adoption_Regenbogenfamilien.4.6.18.pdf (Abruf 23.10.2020), 6: «Das Gesetz enthält im Weiteren eine Generalklausel, wonach auch andere wichtige Gründe einen Verzicht auf die Anhörung rechtfertigen können. Dies ist so zu verstehen, dass die Anhörung nicht erfolgen sollte, wenn sie eine übermässige Belastung und Gefährdung des Kindeswohls darstellen würde.»

⁷⁶ BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 28; vgl. auch CR CPC-JEANDIN (FN 3), Art. 298 N 12, und RUMO-JUNGO (FN 9), AJP 1999, 1582.

⁷⁷ BGE 131 III 553 E. 1.3.1.

⁷⁸ OFK-SCHWANDER, Art. 298 ZPO N 6, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar ZPO, 2. A., Zürich 2015.

⁷⁹ BGer, 5P.214/2005, 24.8.2005, E. 2.2.2; BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 32; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/PFÄNDER BAUMANN (FN 13), Art. 298 ZPO N 11.

⁸⁰ BGE 131 III 553 E. 1.3.1.

⁸¹ BSK ZGB I-BREITSCHMID (FN 1), Art. 314a–314a^{bis} N 3; BGer, 5A_2/2016, 28.4.2016, E. 2.3; BGE 131 III 553 E. 1.3.1.

⁸² BGE 131 III 553 E. 1.3.1.

⁸³ BGE 131 III 553 E. 1.3.3.

⁸⁴ BGer, 5A_405/2007, 5.12.2007, E. 3.2; 5A_536/2007, 24.1.2008, E. 2.1; 5A_160/2011, 29.3.2001, E. 5.2.1; 5A_821/2013, 16.6.2014, E. 4; 5A_215/2017, 24.10.2017, E. 4.5.

⁸⁵ Auf die Anhörung eines jüngeren Kindes kann wohl dann verzichtet werden, wenn sie von einem Elternteil komplett boykottiert wird, angesichts des Alters des Kindes die Kooperation des fraglichen Elternteils für die Durchführung der Anhörung aber zwingend erforderlich wäre und von der Anhörung ohnehin kein entscheidender Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens zu erwarten wäre. So BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 28 mit Hinweis auf die Ansicht des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, vom 14. Dezember 2011, rezipiert in BGer, 5A_144/2012, 4.4.2012, E. 4.2.

⁸⁶ BGer, 5A_821/2013, 16.6.2014, E. 4; 5A_164/2019, 20.5.2019, E. 3.3.2.

Kindes bei der gegebenen Ausgangslage *überhaupt keinen Erkenntniswert* hätte, allfällige Ergebnisse aus der Kindesanhörung mit Blick auf die Feststellung der konkret rechtserheblichen Tatsachen also von vornherein objektiv untauglich bzw. irrelevant wären. Wann von einem solchen Fall ausgegangen werden darf, bleibt jedoch unklar. Zudem erscheint die Vereinbarkeit dieser Rechtsprechung mit Art. 12 KRK als fraglich. Gerade deswegen gilt weiterhin: Selbst bei erheblichen Zweifeln darüber, ob die Ergebnisse der Kindesanhörung als Beweismittel «etwas bringen werden», ist eine Anhörung durchzuführen.⁸⁷

Der Verzicht auf die Anhörung des Kindes aus wichtigen Gründen ist jeweils *in concreto zu begründen*.⁸⁸ Bei Unsicherheiten können gegebenenfalls Abklärungen durch Fachpersonen Aufschluss darüber geben, ob eine Anhörung möglich ist⁸⁹ und wie sie sich kindeswohlrecht durchführen lässt.

D. Rechte des Kindes bei einem unrechtmässigen Anhörungsverzicht

Wird im Adoptionsverfahren auf die Kindesanhörung verzichtet, obwohl weder das Alter des Kindes noch andere wichtige Gründe für ein Absehen von der Anhörung sprechen, kann dies verschiedene Folgen nach sich ziehen. Vorauszuschicken ist, dass die Anfechtung der Adoption als solcher einzig aufgrund einer unrechtmässigen Nichtanhörung allgemein ausgeschlossen ist (Art. 269a Abs. 2 ZGB *in fine*).

Geht mit einer *Nichtanhörung des urteilsfähigen Kindes* auch seine *Nichtzustimmung* (siehe oben III.A.) einher, ist die derart – in Übergang des urteilsfähigen Kindes – erfolgte Adoption als solche allerdings *anfechtbar* (Art. 269 Abs. 1 ZGB). Wurde das urteilsfähige Kind zu Unrecht nicht angehört, hat es aber auf *andere Weise* seine Zustimmung zur Adoption gegeben, liegt ein Verfahrensfehler vor, der mit *Beschwerde* gerügt werden kann (Art. 268a^{bis} Abs. 3 ZGB). Damit das Kind die Anhörungsverweigerung anfechten kann, muss die Adoptionsbehörde über die Nichtanhörung einen *förmlichen Entscheid* fällen und diesen dem Kind mit Begründung eröffnen.⁹⁰ Das urteilsfähige Kind, dem die Anhörung verweigert wurde, verfügt damit über ein *selbständiges Beschwerderecht*.⁹¹ Bei Gutheissung der Beschwerde ist

die Anhörung i.d.R. als Folge einer Rückweisung durch die Adoptionsbehörde nachzuholen.⁹²

Die *unrechtmässige Nichtanhörung eines urteilsfähigen Kindes* bedeutet keine Verletzung von dessen rechtl. Gehör.⁹³ Möglich wäre diesfalls eine *Beschwerde* namentlich durch die Eltern – oder, in der vorliegend interessierenden Fallkonstellation bedeutsamer, durch einen eingesetzten Kindesvertreter⁹⁴ (hierzu sogleich V.) – wegen *willkürlicher Sachverhaltsfeststellung*.⁹⁵

V. Mitteilung des Entscheids über die Nichtanhörung und Anordnung einer Kindesvertretung

Aus Art. 268a^{bis} Abs. 3 ZGB folgt, dass der Entscheid über die Nichtanordnung der Anhörung dem *urteilsfähigen* Kind *zuzustellen* ist, damit dieses den entsprechenden Entscheid mit Beschwerde anfechten kann. Diese gesetzliche Regelung lässt sich damit begründen, dass es sich beim Recht auf Kindesanhörung um ein höchstpersönliches Recht handelt, zu dessen selbständiger Ausübung das Kind nach Art. 19c Abs. 1 ZGB zuständig ist (siehe dazu auch III.A.).⁹⁶ Sie wirft die Frage auf, wie andere, jüngere Kinder – die in Bezug auf die Anhörung nicht urteilsfähig sind – Kenntnis vom Verzicht auf die Anhörung erhalten. Gerade wenn die Anhörung durch einen Elternteil ungerechtfertigt – d.h. ohne wichtigen Grund – verweigert wird, fällt eine Mitteilung an diesen Elternteil ausser Betracht, da gerade er selbst es ist, dem der Anhörungsverzicht entgegenkommt. Deshalb hätte u.E. in dieser Konstellation die Adoptionsbehörde gestützt auf Art. 268a^{ter} Abs. 1 ZGB eine *Vertretung des Kindes* an-

⁸⁷ BGer, 5A_164/2019, 20.5.2019, E. 3.3.2.

⁸⁸ BGer, 5A_821/2013, 16.6.2014, E. 4; BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 38.

⁸⁹ BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 28.

⁹⁰ BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 53; BK-SPYCHER (FN 6), Art. 298 ZPO N 22.

⁹¹ BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 52.

⁹² BK-SPYCHER (FN 6), Art. 298 ZPO N 38.

⁹³ BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 55; vgl. auch BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL (FN 4), Art. 314a ZGB N 88.

⁹⁴ Ähnlich zu Art. 298 ZPO siehe BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/PFÄNDER BAUMANN (FN 13), Art. 298 ZPO N 13: «Den Eltern sowie jüngeren Kindern über ihren Prozessbeistand steht aufgrund von Art. 298 ZPO kein direktes Beschwerderecht zu. Sie können die unterlassene Anhörung jedoch bei der Anfechtung des Endentscheides rügen oder aber Beschwerde gemäss Art. 319 Bst. b Ziff. 2 ZPO ergreifen, sofern ihnen der Nachweis gelingt, dass ihnen durch den Verzicht auf die Anhörung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Anfechtungsobjekt der Beschwerde bildet die prozessleitende Verfügung des Gerichts, welche die Verweigerung der Anhörung festhält» [Hervorhebungen hinzugefügt].

⁹⁵ BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 52; BGer, 5A_299/2011, 8.8.2011, E. 3.

⁹⁶ Vgl. BK-SPYCHER (FN 6), Art. 298 ZPO N 21.

zuordnen.⁹⁷ Eine Kindesvertretung soll denn auch immer dann bestellt werden, wenn die Kindesinteressen nicht, ungenügend oder ungeeignet ins Verfahren eingebracht werden oder wenn Entscheidungen anstehen, die seine Rechtstellung betreffen.⁹⁸

Die Kindesvertretung gemäss Art. 268a^{ter} ZGB bildet das adoptionsrechtliche Pendant zur Kindesvertretung im zivilprozessualen eherechtlichen Verfahren (Art. 299 ZPO, auch: Prozessbeistand des Kindes) und im Kindeschutzverfahren (Art. 314a^{bis} ZGB). Die Kindesvertretung bezweckt im Allgemeinen die Stärkung der Subjektstellung des Kindes, indem das betroffene handlungsunfähige Kind durch seinen Vertreter seine Rechte dennoch selbständig wahren kann. Das Kind soll durch das Verfahren begleitet und in der Wahrnehmung seiner Partizipationsrechte unterstützt werden.⁹⁹ Der Kindesvertreter hat dabei nicht in erster Linie subjektive Standpunkte – also den «Kindeswillen» – zu vertreten, sondern das *objektive Kindeswohl* zu ermitteln und zu dessen Verwirklichung beizutragen.¹⁰⁰ Gerade weil es Aufgabe des eingesetzten Kindesvertreters ist, die Verwirklichung des Kindeswohls anzustreben, muss er u.E. auch berechtigt sein, in Analogie zu Art. 314a^{bis} Abs. 3 ZGB Anträge zu stellen und *Rechtsmittel* einzulegen.

VI. Fazit und Subsumtionsvorschlag

Mit der Anhörung des Kindes soll vorab sachverhaltsmässig – als Teil der *enquête sociale* – ermittelt werden, ob die Adoption seinem Wohl und seinen Wünschen entspricht.¹⁰¹ Die Kindesanhörung ermöglicht der Adoptionsbehörde, sich ungefiltert und unmittelbar ein eigenes Bild über die Ansichten und Bedürfnisse des Kindes zu machen. Einerseits soll die Behörde damit ein für ihren Entscheid wesentliches Erkenntnismittel erhalten, andererseits soll dem Kind gezeigt werden, dass seine Anliegen ernst genommen werden und in die Entscheidungsfindung einfließen.¹⁰² Die Kindesanhörung ist Teil der

elementaren verfahrensrechtlichen Grundregeln. Sie setzt nicht voraus, dass sich das in Frage stehende Kind mündlich zum Verfahrensgegenstand äussern kann. Vielmehr kann die Kindesanhörung auch in der Betrachtung und Analyse nonverbaler Kommunikationsformen des Kindes bestehen. Damit *sind grundsätzlich sämtliche Kinder anzuhören*. Die Nichtanhörung muss mithin die Ausnahme bleiben.

Das Gesetz statuiert in Art. 268a^{bis} Abs. 1 ZGB zwei Ausnahmetatbestände, in denen im Adoptionsverfahren von der Kindesanhörung abgesehen werden darf: Das (zu tiefe) Alter des Kindes sowie andere wichtige Gründe. Verweigert der Elternteil eines sieben- oder zwölfjährigen Kindes, dieses zur Anhörung zu bringen (vgl. I.), ist grundsätzlich *keiner der beiden Tatbestände erfüllt* (vgl. IV.B. und IV.C.). Wichtige Gründe sind schon deshalb nicht gegeben, weil diese stets in der Person des Kindes selbst liegen müssen. Auch ein zu geringes Alter ist in diesem Fall nicht gegeben. Zur Wahrung der Rechte des Kindes ist es deshalb – als vorgeschalteter Zwischenschritt – notwendig, dass die Adoptionsbehörde einen Kindesvertreter (Art. 268a^{ter} ZGB) bestellt (vgl. V.).

Der entsprechend vorgehende Elternteil verletzt mit seinem renitenten Verhalten die der Official- und Untersuchungsmaxime entspringende *Mitwirkungspflicht*. Das eröffnet der Adoptionsbehörde die Möglichkeit, mit den im kantonalen Verfahrensrecht (vgl. Art. 54 Abs. 3 SchlT ZGB) vorgesehenen repressiven Mitteln zu reagieren, wobei stets das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren ist.¹⁰³ Verweigert der betreffende Elternteil trotz Einsatzes von Zwangsmitteln weiterhin, das Kind zur Anhörung zu bringen, kann es – namentlich aufgrund seines Alters – zu dieser nicht selbst erscheinen, und hilft auch der bestellte Kindesvertreter nicht weiter, so erscheint die Durchführung der Anhörung schliesslich als *faktisch unmöglich*.

Angesichts der damit gegebenen Unmöglichkeit der Anhörung stellt sich der Adoptionsbehörde die Frage, ob sie das Adoptionsgesuch abzuweisen hat. Dies ist u.E. wie folgt zu beurteilen:

Das Anhörungsrecht jedes Kindes ist ein letztlich bereits auf Art. 12 KRK gründendes Recht, das nicht leicht-

⁹⁷ Vgl. THOMAS SCHÜTT, Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren, Unter Berücksichtigung des psychologischen Aspekts, Diss. Zürich 2002, 100; BK-SPYCHER (FN 6), Art. 298 ZPO N 21.

⁹⁸ BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL (FN 4), Art. 314a^{bis} ZGB N 24; vgl. auch OFK-HÄFELI (FN 18), Art. 314a^{bis} ZGB N 2.

⁹⁹ So explizit BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 299 N 5.

¹⁰⁰ BGE 142 III 153 E. 5.2.2.

¹⁰¹ Vgl. BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 22), Art. 298 N 1; FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER (FN 15), Art. 298 ZPO N 12.

¹⁰² FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER (FN 15), Art. 298 ZPO N 11 f.; JONAS SCHWEIGHAUSER, Die Vertretung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren – Anwalt des Kindes, Diss. Basel 1998, 82; SCHÜTT (FN 97), 39 ff.; FRIEDRICH ARNTZEN, Elterliche

Sorge und Umgang mit Kindern, Ein Grundriss der forensischen Familienpsychologie, München 1994, 6; VERENA BRÄM, Die Anhörung des Kindes aus rechtlicher Sicht, SJZ 1999, 309 ff., 309 f.

¹⁰³ Im Kanton Bern wäre hierbei u.E. Art. 50 Abs. 2 KESG/BE anwendbar, der folgendermassen lautet: «Verweigern die Verfahrensbeteiligten oder Dritte die Mitwirkung, so kann die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit a) die zwangsweise Durchsetzung der Mitwirkungspflicht anordnen, b) polizeiliche Hilfe in Anspruch nehmen, c) eine Ordnungsbusse bis 5000 Franken anordnen.»

fertig aufs Spiel gesetzt werden darf. Darauf folgt, dass *dieses Recht wegen faktischer Undurchführbarkeit nicht einfach untergehen darf*. Gleichzeitig dient die Kindesanhörung aus Sicht der Behörde primär der Sachverhaltsfeststellung. Kann die Behörde den für den Adoptionsentscheid massgeblichen Sachverhalt ermitteln, ohne dass eine Kindesanhörung durchgeführt wird,¹⁰⁴ ist es an sich möglich, einen Entscheid über das Adoptionsgesuch zu fällen. Die Anhörung des Kindes bildet keine materielle Adoptionsvoraussetzung, und ein Verstoß gegen Art. 268a^{bis} ZGB führt auch nicht zur Anfechtbarkeit des Adoptionsentscheids (Art. 269a Abs. 2 ZGB). Die Kindesanhörung ist allerdings von Gesetzes wegen vorzunehmen, weshalb deren unbegründete oder rechtswidrige

Missachtung eine *Verletzung von Bundesrecht* darstellt.¹⁰⁵ Insbesondere der Anhörungsverzicht ohne wichtigen Grund erweist sich als rechtswidrig. Die Behörde hätte deshalb u.E. das Adoptionsgesuch abzuweisen. Es kann nämlich nicht Aufgabe einer Behörde sein, sich rechtswidrig zu verhalten. Zudem dürfte die Weigerung des renitenten Elternteils, das Kind zur Anhörung zu bringen, begründete Zweifel erwecken, ob die Adoption dem Kindeswohl entspricht. Diesfalls wäre ohnehin ein negativer Adoptionsentscheid zu fällen. Beim urteilsfähigen Kind stellt seine Zustimmung eine materielle Adoptionsvoraussetzung dar (Art. 265 Abs. 1 ZGB). Kann die Zustimmung zur Adoption nur über eine Kindesanhörung sichergestellt werden, wäre auch aus diesem Grund keine Adoption auszusprechen.

¹⁰⁴ Vgl. FREIBURGHANUS (FN 42), 142.

¹⁰⁵ So auch BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL (FN 4), Art. 314a ZGB N 87.