

2.1 Kinderanhörung

(Publikation vorgesehen in EGV 2009 A)

- *Kinder sind im Scheidungsverfahren ab dem 6. Altersjahr in der Regel im erstinstanzlichen Verfahren anzuhören, auch ohne dass ein entsprechender Antrag gestellt ist; Rechtsfolge unterbliebener Anhörung (Erw. 1-5).*

Aus den Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 18. November 2008 hat der Einzelrichter (...) eine Teilkonvention (...) genehmigt.

Die Beklagte hat am 9. Dezember 2008 Berufung erklärt und eine Abänderung des Besuchsrechts des Vaters, eine Erhöhung der Kinderalimente von je Fr. 700.00 auf Fr. 800.00 und des nahehelichen Unterhalts auf „mindestens Fr. 600.00“ bis 31.12.2022 sowie eine Anpassung des klägerischen Nettoeinkommens beantragt, unter Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung.

Auf kantonsgerichtliche Rückfrage hin teilte die Vorinstanz in ihrem Bericht (...) mit, eine Kinderanhörung habe nicht stattgefunden, weil sich die Eltern im Eheschutz- und Scheidungsverfahren einig gewesen seien, das Sorgerecht der Mutter zuzuteilen; ausserdem reichte sie das Referentenaudienzprotokoll sowie Unterlagen zur unentgeltlichen Prozessführung nach (...). Das Berufungsverfahren wurde in der Folge auf die (Zwischen)frage der Kinderanhörung beschränkt. Während sich der Kläger mit einer allfälligen Nachholung der Kinderanhörung durch die Vorinstanz einverstanden erklärt hat (...), opponiert die Beklagte einer solchen Rückweisung mit dem Argument, erstinstanzlich sei kein Anhörungsantrag gestellt worden.

2. Gemäss Art. 144 Abs. 2 ZGB und Art. 12 UNKRK (SR 0.107) sind Kinder zu Anordnungen, die sie betreffen, in geeigneter Weise durch das Gericht oder eine Drittperson persönlich anzuhören, soweit nicht das Alter oder anderweitige wichtige Gründe dagegen sprechen, bzw. ihre Meinungsäusserungen dazu sind entsprechend ihrer Reife angemessen zu berücksichtigen (AJP 1999 1587 f.). Dass keine wichtigen Gründe vorliegend gegen die Anhörung der acht bzw. rund sechs Jahre alten Kinder sprachen, ist unbestritten geblieben und aufgrund der Akten auch nicht ersichtlich.

Die Anhörung des Kindes dient dabei nicht nur der Sachverhaltsermittlung in eherechtlichen Verfahren, sondern ist Ausfluss der Persönlichkeit des Kindes und ein höchstpersönliches Recht, das vom urteilsfähigen

Kind selbst wahrgenommen werden kann; gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Kinderanhörung grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich und daher obligatorisch, wobei die Anhörung grundsätzlich durch eine Gerichtsperson vorzunehmen ist (AJP 2008 82 mit Hinweisen; BJM 2008 147 ff. E. 4).

3. Die Vorinstanz macht geltend, die Regelung des Sorgerechts sei (erstinstanzlich) nicht umstritten gewesen. Dieser Umstand ist indes nicht erheblich, weil unter die Kinderbelange nicht nur das Sorgerecht, sondern auch der persönliche Verkehr (Besuchsrecht) und die Unterhaltspflichten fallen (wobei die Altergrenze in letzterer Hinsicht höher anzusetzen wäre). Dies gilt umso eher, als der Umfang des (bisher begleiteten) Besuchsrechts schon vorinstanzlich umstritten war. Abgesehen davon kann dem Kriterium, ob zwischen den Parteien in den Kinderbelangen Einigkeit besteht, aufgrund der Officialmaxime und der nachträglichen Anfechtungsmöglichkeit nur begrenzte Wirkung zukommen.

4. Die Beklagte beruft sich auf eine bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Ausübung des Kinderanhörungsrechts einen Antrag voraussetzt, wobei ein solcher durch einen Elternteil einzubringen ist, wenn das Kind noch nicht urteilsfähig ist (BGer 5C.209/2005 = Pra 95/2006 Nr. 17 E. 3.2 und BGer 5A_117/2007 vom 11. Oktober 2007 E. 4.2). Diese Rechtsprechung bezieht sich indes nur auf Fälle, in welchen kantonal in beiden Instanzen kein entsprechender Antrag gestellt wurde, während zweitinstanzlich ein Anhörungsbegehren gestützt auf Art. 138 ZGB nach Massgabe des kantonalen Verfahrensrechts (BGE 131 III 189 ff.) und gestützt auf die Officialmaxime wenigstens im ersten Schriftenwechsel möglich ist. Eine noch einschränkendere Praxis, die den Kindesanspruch stets von einem (elterlichen) Antrag abhängig machen würde, lässt sich nicht rechtfertigen, da dann das Mitwirkungsrecht des nicht urteilsfähigen Kindes durch die Eltern in allen Fällen vereitelt werden könnte, in denen nicht ein Beistand bestellt wurde (vgl. auch Meier/Stettler, Droit de la filiation, Bd. II, 3.A., N 304 FN 600). Jedenfalls müsste der ausnahmsweise Verzicht auf eine Kinderanhörung in einem anfechtbaren prozessleitenden Entscheid besonders angeordnet werden (FamKomm-Schweighauser, N 22 zu Art. 144; Meier/Stettler, a.a.O.). Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, dass das Gericht die Kinder direkt anschreibt und diese, sofern dies unbeeinflusst geschieht, auf ihr Äusserungsrecht verzichten könnten.

Hinzu kommt, dass die Anhörung von Kindern ab vollendetem sechsten Altersjahr erstinstanzlich die Regel sein muss, mithin schon deshalb *von Amtes wegen* anzuordnen ist, weil nach dem Gesagten nicht voraus-

sehbar ist, ob die Parteien zweitinstanzlich nicht doch noch ein entsprechendes Begehren stellen. Die Anhörung hat aber grundsätzlich vor dem erstinstanzlichen Sachrichter stattzufinden und kann von der kantonalen Rechtsmittelinstanz nur ausnahmsweise nachgeholt werden (AJP 1999 1587 mit Hinweis).

5. Nachdem sich die Vorinstanz in keiner Weise mit dem Kinderanhörungsrecht auseinandergesetzt hat, liegt ein nicht heilbarer Verfahrensmangel vor. Das Urteil ist deshalb im angefochtenen Umfang sowie in allen Punkten, die die Kinderrechte tangieren, aufzuheben. Hingegen ist davon abzusehen, auch den nicht angefochtenen Scheidungspunkt, die FZG- und die vereinbarte güterrechtliche Regelung aufzuheben. (...).

(Beschluss vom 30. Januar 2009, ZK 2008 43).