

Fachtagung vom 4./5. September 2024 in Freiburg

„Die Abklärung als Basis für gute Entscheide und erfolgreiche Mandatsführung“

## Referat 5

# Die Abklärung nach Art. 446 ZGB aus der Sicht des Bundesgerichts

**Sandra Wohlhauser**, lic. iur., Rechtsanwältin, Richterin am Kantonsgericht  
Freiburg, Präsidentin des Kindes- und Erwachsenenschutzhofes

Art. 446 ZGB, der in seiner aktuellen Fassung am 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist, sieht vor, dass die Erwachsenenschutzbehörde - und in Verweis auf Art. 314 Abs. 1 ZGB auch die Kindesschutzbehörde - den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht (Abs. 1), die erforderlichen Erkundigungen einzieht (Abs. 2, 1. Satz) und die notwendigen Beweise erhebt (Abs. 2, 1. Satz); sie kann eine geeignete Person oder Stelle mit Abklärungen beauftragen (Abs. 2, 2. Satz) und nötigenfalls das Gutachten einer sachverständigen Person anordnen (Abs. 2, 3. Satz). Sie ist nicht an die Anträge der am Verfahren beteiligten Personen gebunden und wendet das Recht von Amtes wegen an (Abs. 3 und 4).

Vor dem Bundesgericht kommt es nicht selten vor, dass die beschwerdeführenden Parteien eine Verletzung von Art. 446 ZGB rügen, beispielsweise im Zusammenhang mit der Erforschung des Sachverhalts von Amtes wegen oder der Beweiswürdigung. Im Laufe der Jahre hatte das Bundesgericht somit zahlreiche Gelegenheiten, sich zur Anwendung dieser Gesetzesbestimmung durch die kantonalen KESB zu äussern, insbesondere indem es prüfte, ob die von ihnen durchgeführten Abklärungen ausreichend waren, und eine Reihe von Fragen zu beantworten.

Das Referat gibt einen Überblick über die wichtigsten Aspekte, die von Art. 446 ZGB angesprochen werden, und stellt Beispiele von Urteilen des Bundesgerichts vor. Es geht insbesondere auf die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und die Officialmaxime sowie auf die eigentliche Abklärung ein, mit spezifischen Themen wie Prognose, Anhörung, Sozialabklärung und Gutachten, einschliesslich der Frage des (nicht) obligatorischen psychiatrischen Gutachtens vor der Errichtung einer Beistandschaft.

*Die Präsentationen und weitere Unterlagen der Fachtagung  
stehen auf [www.kokes.ch/tagung24](http://www.kokes.ch/tagung24) zum Download bereit.*

## Die Abklärung nach Art. 446 ZGB aus der Sicht des Bundesgerichts

**Sandra Wohlhauser**

Richterin am Kantonsgericht Freiburg  
Präsidentin des Kindes- und Erwachsenenschutzhofes

KOKES-Fachtagung  
Freiburg, 4. und 5. September 2024

*"Im vorliegenden Fall, auch wenn die Gründe, die die Vorinstanz dazu veranlasst haben, den Entscheid der KESB zu bestätigen, (...) nachvollziehbar sind, erscheint die Analyse des geplanten Rechtsgeschäfts **unvollständig**. Tatsächlich **fehlen** mehrere **wesentliche Elemente**, um zu bestimmen, ob die kantonale Behörde ihr Ermessen überschritten hat oder nicht (Art. 4 ZGB). Erstens: Während das Ziel der Massnahme darin besteht, der Beschwerdeführerin eine günstigere Wohnung zu besorgen, ist unklar, wie hoch der neue Mietzins wäre, der angesichts der finanziellen Situation der Beschwerdeführerin als zulässig erachtet wird (...). Das kantonale Urteil enthält diesbezüglich **keine Angaben**, die einen Vergleich ermöglichen würden. Es gibt auch **keine Informationen** über die Mietkosten eines Möbellagers, die zusätzlich zum neuen Mietzins anfallen würden, oder über die Umzugskosten (...). Das kantonale Gericht **hätte** jedoch die oben genannten Beträge **genau ermitteln müssen**, bevor es die strittige Genehmigung bestätigte. Da dem angefochtenen Urteil die zur Subsumtion notwendigen tatsächlichen Grundlagen fehlen, **verstösst es gegen das Bundesrecht** (...)".*

5A\_970/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.5 (übersetzt)

## Übersicht

*Vorbemerkung: Zahlreiche Urteile, Überblick über Hauptthemen, Beispiele von BGE und nicht veröffentlichten Urteilen, nicht umfassende Vorstellung*

- ✓ Uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 446 Abs. 1 ZGB)
- ✓ Officialmaxime (Art. 446 Abs. 3 ZGB)
- ✓ Eigentliche Abklärung (Art. 446 Abs. 2 ZGB)
  - ✓ Prognose
  - ✓ Anhörung
  - ✓ Sozialabklärung
  - ✓ Gutachten

3

## Uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 446 Abs. 1 ZGB)

*Die KESB erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen.*

- ✓ **Sie ist nicht an ein bestimmtes Beweismittel gebunden. Kein numerus clausus der Beweismittel. Sie kann auf unübliche Art Beweise erheben** - BGE 122 I 53 E. 4.a; 5A\_154/2022 vom 20. Mai 2022 E. 4.2.4; 5A\_916/2021 vom 9. Februar 2022 E. 5; 5A\_902/2018 vom 14. August 2019 E. 4.5; 5C\_1/2018 vom 8. März 2019 E. 5.1
- ✓ **Keine Anträge erforderlich** - BGE 130 I 180 E. 3.2; 5A\_154/2022 vom 20. Mai 2022 E. 4.2.4
- ✓ **Mitwirkungspflicht (Art. 448 ZGB)** - BGE 128 III 411 E. 3.2.1 f.; 5A\_391/2016 vom 4. Oktober 2016 E. 3.2; 5A\_978/2014 vom 27. März 2015 E. 4.2.1

4

## Uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 446 Abs. 1 ZGB)

- ✓ **Auch vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz, neue Tatsachen** - 5A\_389/2022 vom 29. November 2022 E. 4.1; 5A\_447/2022 vom 2. September 2022 E. 3.4.2; 5A\_770/2018 vom 6. März 2019 E. 3.2
  - ✓ **Antizipierte Beweiswürdigung** - BGE 138 III 374 E. 4.3.2; 130 III 734 E. 2.2.3; 5A\_608/2023 vom 6. Februar 2024 E. 4.2.1; 5A\_654/2022 vom 21. Dezember 2023 E. 5.2; 5A\_266/2019 vom 5. August 2019 E. 3.3.2; 5A\_333/2016 vom 14. Juli 2016 E. 5.1; 5A\_621/2014 vom 11. November 2014 E. 5.1
- BGer: Kognitionsbeschränkung auf Willkür** -  
5A\_766/2020 vom 11. Februar 2021 E. 3.3; 5A\_724/2015 vom 2. Juni 2016 E. 4.5; 5A\_726/2009 vom 30. April 2010 E. 3.1

5

## Uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 446 Abs. 1 ZGB)

- ✓ **Neue Abklärung bei Wiederaufnahme des Falles** -  
5A\_916/2021 vom 9. Februar 2022 E. 5
- ✓ **Unentgeltliche Rechtspflege kann beantragt werden** -  
BGE 130 I 180 E. 3.2; 125 V 32 E. 4b; 5A\_588/2023 vom 20. Februar 2024 E. 4.2.2; 5A\_565/2019 vom 19. Dezember 2019 E. 2.1 ff.; 5A\_242/2018 vom 24. August 2018 E. 2.2

6

## Offizialmaxime (Art. 446 Abs. 3 ZGB)

*Die KESB ist **nicht an die Anträge der am Verfahren beteiligten Personen gebunden.***

So kann sie

- ✓ **eine Massnahme gegen den Willen der betroffenen oder beschwerdeführenden Partei anordnen** - 5A\_765/2014 vom 5. Dezember 2014 E. 5
- ✓ **eine Massnahme erweitern** - 5A\_818/2022 vom 9. März 2023 E. 4.2
- ✓ **einen Entscheid ergänzen** - 5A\_210/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 2.5

7

## Eigentliche Abklärung (Art. 446 Abs. 2 ZGB)

*Die **KESB** zieht die erforderlichen Erkundigungen ein und erhebt die **notwendigen Beweise**. Sie kann eine geeignete Person oder Stelle mit **Abklärungen** beauftragen. **Nötigenfalls** ordnet sie das **Gutachten einer sachverständigen Person an.***

8

## Eigentliche Abklärung (Art. 446 Abs. 2 ZGB)

### ✓ Prognose

#### **Die Wahl der Massnahme erfordert ein erhebliches Mass an Antizipation und Prognose hinsichtlich der Entwicklung der massgebenden Umstände - BGE 120 II**

384 E. 4d; 5A\_64/2023 vom 21. Juni 2023 E. 3.1;  
5A\_603/2022 vom 28. April 2023 E. 3.1.1; 5A\_701/2022 vom  
25. Januar 2023 E. 4.1; 5A\_981/2018 vom 29. Januar 2019  
E. 3.3.2.1; 5A\_402/2016 vom 16. Januar 2017 E. 5.4;  
5A\_795/2014 vom 14. April 2015 E. 4.3.1

9

## Eigentliche Abklärung (Art. 446 Abs. 2 ZGB)

### ✓ Anhörung

**Grundsatz (Art. 447 Abs. 1 ZGB)** - 5A\_32/2024 vom 2. April 2024 E.  
6; 5A\_706/2017 vom 12. Februar 2018 E. 4.3.1; 5A\_611/2017 vom  
31. Januar 2018 E. 7.1; 5A\_367/2016 vom 6. Februar 2017 E. 5,  
5A\_991/2015 vom 29. September 2016 E. 6.2

**Nicht nur schriftlich** - 5A\_902/2018 vom 14. August 2019  
E. 4.2

**Ausnahmen** - 5A\_32/2024 vom 2. April 2024 E. 6.2; 5A\_902/2018  
vom 14. August 2018 E. 4.3; 5A\_611/2017 vom 31. Januar 2018  
E. 7.2

**Kinder** - BGE 146 III 203 E. 3.3.2; 142 III 612 E. 4.3; 142 III 617  
E. 3.2.3; 5A\_131/2021 vom 10. September 2021 E. 3.2.1 ff.

10

## Eigentliche Abklärung (Art. 446 Abs. 2 ZGB)

### ✓ Sozialabklärung

**Grundsatz. Möglichkeit von den Schlussfolgerungen abzuweichen, unter weniger strengen Bedingungen als bei einem gerichtlichen Gutachten** - 5A\_888/2023 vom 5. März 2024 E. 3.1.2; 5A\_119/2022 vom 7. November 2022 E. 3.1; 5A\_805/2019 vom 27. März 2020 E. 4.1; 5A\_756/2019 vom 13. Februar 2020 E. 3.1.1; 5A\_382/2019 vom 9. Dezember 2019 E. 4.2.2; 5A\_373/2018 vom 8. April 2019 E. 3.2.6; 5A\_794/2017 vom 7. Februar 2018 E. 4.1; 5A\_512/2017 vom 22. Dezember 2017 E. 3.4.3.

11

## Eigentliche Abklärung (Art. 446 Abs. 2 ZGB)

### ✓ Gutachten

✓ **Wenn nötig, *in concreto*** - 5A\_546 und 547/2020 vom 21. Juni 2021 E. 3.2.2; 5A\_116/2017 vom 12. Sept. 2017 E. 4.1.3

✓ **Eines von mehreren Beweismitteln**, ausser in Ausnahmefällen - 5A\_654/2022 vom 21. Dezember 2023 E. 5.1.2; 5A\_131/2021 vom 10. September 2021 E. 4.2.2; 5A\_191/2018 vom 7. August 2018 E. 5.2.1; 5A\_184/2017 vom 9. Juni 2017 E. 3.1; 5A\_378/2014 vom 30. Juni 2014 E. 3.1.2

✓ **Ausreichende Kenntnisse eines KESB-Mitglieds?** - BGE 140 III 97; 5A\_128/2021 vom 19. April 2021 E. 3.1.3; 5A\_912/2014 vom 27. März 2015 E. 3.2.2

12

## Eigentliche Abklärung (Art. 446 Abs. 2 ZGB)

- ✓ **Verhältnismässigkeit** - 5A\_211/2014 vom 14. Juli 2014 E. 3.2.1
- ✓ **Dieselben Regeln bei Änderung oder Aufhebung einer Massnahme** - 5A\_912/2014 vom 27. März 2015 E. 3.2.5
- ✓ **Was ist mit bereits vorhandenen Gutachten?** 5A\_486/2022 vom 4. August 2022 E. 3.2; 5A\_128/2021 vom 19. April 2021 E. 3.1.4; 5A\_99/2016 vom 31. Mai 2016 E. 2.1; 5A\_912/2014 vom 27. März 2015 E. 3.2.2
- ✓ **Inhalt des Gutachtens bei fürsorgerischer Unterbringung** - BGE 140 III 101; 140 III 105; 137 III 289 E. 4.4; 5A\_128/2021 vom 19. April 2021 E. 3.1.3

13

## Eigentliche Abklärung (Art. 446 Abs. 2 ZGB)

- ✓ **Würdigung des Gutachtens: Die Behörde ist nicht an die Schlussfolgerungen des Gutachtens gebunden, sondern muss diese unter Berücksichtigung aller anderen Beweismittel würdigen. Sie kann jedoch nur aus triftigen Gründen davon abweichen, wenn sich ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen; in diesem Fall muss sie ihren Entscheid begründen** - BGE 142 IV 49 E. 2.1.3 (in Strafsachen); 5A\_603/2022 vom 28. April 2023 E. 3.1.2; 5A\_700/2021 vom 16. September 2022 E. 3.2; 5A\_551/2021 vom 7. Dezember 2021 E. 4.2.1; 5A\_727/2020 vom 31. März 2021 E. 5.2.

14

## Eigentliche Abklärung (Art. 446 Abs. 2 ZGB)

- ✓ **Ob ein Gutachten schlüssig ist oder nicht, ist eine Frage der Beweiswürdigung, die das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüft** - BGE 141 IV 369 E. 6.1 (in Strafsachen); 5A\_603/2022 vom 28. April 2023 E. 3.1.2; 5A\_633/2022 vom 8. März 2023 E. 7.2.
- ✓ **Entscheid, der ein psychiatrisches Gutachten anordnet, kann einen nicht wiedergutzumachenden / nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken** - 5A\_1051/2020 vom 28. April 2021 E. 1.1 und 3.2; 5A\_655/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 1.1 und 2.3

15

## Eigentliche Abklärung (Art. 446 Abs. 2 ZGB)

- ✓ **Psychiatrisches Gutachten obligatorisch?**

*Umfassende Beistandschaft* - BGE 140 III 97; 5A\_302/2015 vom 3. Juli 2015 E. 3.1.2; 5A\_912/2014 vom 27. März 2015 E. 3.2.2

*Andere Massnahme mit Einschränkung der Handlungsfähigkeit* - 5A\_417/2018 vom 17. Oktober 2018 E. 4.3.1; 5A\_798/2015 vom 9. August 2016 E. 4; 5A\_116/2017 vom 12. September 2017 E. 4.1.3

*Massnahme ohne Einschränkung der Handlungsfähigkeit* - 5A\_546/2020 und 5A\_547/2020 vom 21. Juni 2021 E. 3.2.2

*Fürsorgerische Unterbringung* - BGE 148 III 1 E. 2.3-2.5; 143 III 189; 140 III 105; 5A\_128/2021 vom 19. April 2021 E. 3.1.3; 5A\_617/2016 vom 9. November 2016 E. 6.1

16

*"Entgegen der Behauptung des Vaters **hat es die kantonale Behörde nicht versäumt, eine Prüfung der Situation vorzunehmen und den Fall zu untersuchen.** Der Friedensrichter hat die Kinder (...), den Beschwerdeführer und F.\_\_\_\_\_, die Vormundin der Kinder, persönlich zu den für die Klärung des Rechtsstreits **relevanten Fragen** angehört. Ausserdem lagen ihm Berichte des OCTP und der Vormundin vor. Die Vorinstanz **würdigte** die bereits gesammelten **Beweise** und kam zum Schluss, dass die Einholung eines Gutachtens nicht erforderlich sei, um dem Beschwerdeführer in der jetzigen Situation jegliches Recht auf persönlichen Verkehr mit seinen Kindern zu verweigern, da diese noch traumatisiert seien und Angst vor ihrem Vater hätten. **Aus dem angefochtenen Entscheid geht zudem hervor, dass die Einholung eines Gutachtens an sich Ängste bei den Kindern auslösen könnte.** Derartige Erwägungen sind unter den gegebenen Umständen **nicht willkürlich.**"*

5A\_266/2019 vom 5. August 2019 E. 3.4 (übersetzt)

17

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

18