

BGer 5A_363/2022 vom 21. November 2023

Bundesgericht, 2023-11-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_363_2022

FR: TF 5A_363/2022 du 21 novembre 2023

IT: TF 5A_363/2022 del 21 novembre 2023

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist der Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht (Art. 75 BGG) über das Aufenthaltsbestimmungsrecht über ein Kind, den persönlichen Verkehr der Mutter zu diesem und verschiedene Kinderschutzmassnahmen entschieden hat. Dies sind der Beschwerde in Zivilsachen unterliegende Angelegenheiten (Art. 72 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. b Ziff. 6 BGG; vgl. Urteile 5A_701/2022 vom 25. Januar 2023 E. 1.1 [betreffend persönlicher Verkehr]; 5A_388/2022 vom 14. Juli 2023 E. 1.1 [betreffend Aufenthaltsbestimmungsrecht]) ohne Streitwert. Die Beschwerdeführerin ist nach Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt, die sie auch fristgerecht eingereicht hat (Art. 100 Abs. 1. i.V.m. Art. 46 Abs. 1 Bst. a und Art. 45 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin beantragt im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Rückweisung der Sache an die KESB (vgl. vorne Bst. C). Dies ist auch mit Blick auf die reformatorische Natur der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 107 Abs. 2 BGG) unproblematisch, soweit die Beschwerdeführerin damit die Beseitigung von sie belastenden Anordnungen verlangt (vgl. Urteile 5A_1029/2020 vom 19. Mai 2021 E. 1.2; 5A_968/2020 vom 3. März 2021 E. 1.2). Weitergehend führt die Beschwerdeführerin zur Begründung des Rückweisungsantrags aus, ein Entscheid des Bundesgerichts komme aufgrund verschiedener Verfahrensfehler und der ungenügenden Klärung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nicht in Frage. Sollte dieses Vorbringen zutreffen, ist es auch hinsichtlich der weiteren strittigen Massnahmen zulässig, allein einen Rückweisungsantrag zu stellen (BGE 134 III 379 E. 1.3; 133 III 489 E. 3.1). Wie es sich mit dem Standpunkt der Beschwerdeführerin verhält, ist nachfolgend zu klären (vgl. BGE 141 III 294 E. 6.1). Der kassatorische Antrag erweist sich als zulässig (vgl. Urteil 5A_463/2022 vom 22. Mai 2023 E. 1.3).

E. 1.3

Tritt die kantonale Letztinstanz auf eine bei ihr erhobene Beschwerde nicht ein, ist Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens nur die Frage, ob dieses Nichteintreten zu Recht erfolgt ist (BGE 135 II 38 E. 1.2). Das Kantonsgericht ist auf die bei ihm erhobene Beschwerde wegen mangelnder Substanziierung insoweit nicht eingetreten, als die Beschwerdeführerin eine Voreingenommenheit von Mitgliedern der KESB geltend machte. Die Beschwerdeführerin äussert sich vor Bundesgericht nicht zur Nichteintretensproblematik. Ihre Anträge und Vorbringen, namentlich aber das Schreiben vom 23. Mai 2023, zielen vielmehr auf eine inhaltliche Beurteilung des Ausstandsgesuchs durch das Bundesgericht, wozu dieses nach dem Ausgeführten nicht berufen ist. Ein

Ausstandsverfahren ist zudem vor der Vorinstanz noch hängig (vgl. vorne Bst. B.b). Auf die Beschwerde ist soweit den Ausstand von Mitgliedern der KESB betreffend folglich nicht einzutreten. Anzumerken bleibt, dass ein neues Gesuch um Ausstand eines Behördenmitglieds nicht beim Bundesgericht anhängig zu machen wäre (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450f ZGB , Art. 56 Abs. 1 des Einführungsgesetzes des Kantons Graubünden vom 12. Juni 1994 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [EGzZGB/GR; BR 210.100] und Art. 49 Abs. 1 ZPO).

E. 1.4

Beschwerde in Zivilsachen kann sodann nur gegen die Urteile oberer kantonalen Gerichte erhoben werden (Art. 75 BGG ; BGE 141 III 188 E. 4.1). Soweit sich die Beschwerde gegen Entscheide der KESB richtet, ist folglich nicht darauf einzutreten.

E. 2.1

Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet Bundesrecht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG) und prüft mit freier Kognition, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Indes prüft es nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 140 III 115 E. 2). Das Bundesgericht befasst sich allein mit formell ausreichend begründeten Einwänden (Art. 42 Abs. 2 BGG). In der Beschwerdebegründung ist daher in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid rechtswidrig sein soll. Die Begründung muss sachbezogen sein und sich auf den Streitgegenstand beziehen und beschränken. Die beschwerdeführende Partei hat in gezielter Auseinandersetzung mit den für das Ergebnis des angefochtenen Entscheids massgeblichen Erwägungen plausibel aufzuzeigen, welche Rechte bzw. Rechtsnormen die Vorinstanz verletzt haben soll (BGE 142 I 99 E. 1.7.1; 140 III 86 E. 2). Für das Vorbringen der Verletzung verfassungsmässiger Rechte und von kantonalem und interkantonalem Recht gelangt dagegen das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG zur Anwendung (BGE 144 II 313 E. 5.1; 143 II 283 E 1.2.2). Das Bundesgericht prüft insoweit nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen, während es auf ungenügend substantiierte Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; 140 III 264 E. 2.3).

E. 2.2

Was den Sachverhalt angeht - dazu zählt auch der Prozesssachverhalt, also die Feststellungen über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens (BGE 140 III 16 E. 1.3.1) -, legt das Bundesgericht seinem Urteil die vorinstanzlichen Feststellungen zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich kann die beschwerdeführende Partei nur vorbringen, die vorinstanzlichen Feststellungen seien offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich (Art. 9 BV), oder würden auf einer anderen Bundesrechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG (z.B. Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB) beruhen. In der Beschwerde ist überdies darzutun, inwiefern die Behebung der gerügten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ; BGE 147 I 73 E. 2.2). Soweit die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte erhoben wird, gilt auch hier das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG (vgl. zu diesem E. 2.1 hiervor).

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK geltend, weil das Kantonsgericht keine öffentliche und mündliche Verhandlung durchgeführt habe.

Wie sich dem angefochtenen Entscheid entnehmen lässt und nicht bestritten ist, hat die Beschwerdeführerin im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens insgesamt zweimal um Durchführung einer entsprechenden Verhandlung ersucht. Das Kantonsgericht wies diese Anträge ab und führte ein ausschliesslich schriftliches Verfahren durch (vgl. vorne Bst. B.a). Aus dem Entscheid der Vorinstanz ergibt sich weiter zwar, dass die KESB die Parteien mehrfach angehört hat und diese an verschiedenen Behördensitzungen teilgenommen haben, nicht jedoch, dass im erstinstanzlichen Verfahren eine öffentliche und mündliche Verhandlung stattgefunden hätte (vgl. vorne Bst. A.b). Damit stellt sich die Frage von vornherein nicht, ob der Konventionsgarantie vor der KESB bereits Rechnung getragen wurde (vgl. in diesem Zusammenhang BGE 142 III 732 E. 3).

E. 3.2

Die Pflicht, eine öffentliche Verhandlung durchzuführen, ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 6 Ziff. 1 EMRK : "Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen (...) von einem (...) Gericht in einem fairen Verfahren öffentlich (...) verhandelt wird." Aus dem Anspruch auf eine (publikums-) öffentliche Verhandlung folgt grundsätzlich der Anspruch auf eine mündliche Verhandlung (BGE 142 I 188 E. 3.1.1).

Ein zivilrechtlicher Anspruch nach dieser Bestimmung ist beim vorliegend geführten Streit um die elterliche Sorge und das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Teilgehalt derselben (Art. 301a Abs. 1 ZGB) betroffen (BGE 144 III 442 E. 2.2). Ebenso berührt eine Verfügung über den persönlichen Verkehr zwischen einem Elternteil und dem minderjährigen Kind einen solchen Anspruch (BGE 118 Ia 473 E. 5a). Die in Art. 6 Ziff. 1 EMRK vorgesehene Pflicht, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen, gilt indes nicht absolut. Zunächst könnten die Parteien (explizit oder stillschweigend) auf eine solche Verhandlung verzichten. Bei familienrechtlichen Angelegenheiten im weiteren Sinne, in denen sich wie hier der Staat und eine Privatperson gegenüber stehen, kann die Öffentlichkeit sodann zwar nicht pauschal unter Hinweis auf den in Art. 6 Ziff. 1 EMRK als Ausschlussgrund genannten "Schutz des Privatlebens der Prozessparteien" ausgeschlossen werden. Ein Ausschluss ist aber (ausnahmsweise) möglich, wenn aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls ein besonderer Grund hierfür vorliegt (BGE 144 III 442 E. 2.2 und 2.6 ; 142 I 188 E. 3.1.1; kürzlich etwa Urteil des EGMR

Morales gegen Schweiz Nr. 69212/17 vom 9. Mai 2023 §§ 16 ff.).

E. 3.3

Zu Recht geht damit auch das Kantonsgericht vom grundsätzlichen Bestehen eines Anspruchs der Beschwerdeführerin auf Durchführung einer öffentlichen und mündlichen Verhandlung nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK aus. Die Vorinstanz erwog jedoch, die Beschwerdeführerin habe (stillschweigend) auf eine Verhandlung verzichtet, weil sie die Anträge auf Durchführung einer solchen auch nach deren Abweisung am 27. November 2020 (dazu vorne Bst. B.a) nicht näher begründete und sie diese im weiteren Verfahrensverlauf nicht mehr erwähnte. Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, eine Begründung ihrer Anträge sei nicht notwendig gewesen, zumal sich der Spruchkörper in der vorliegenden Kindesschutzsache einen persönlichen Eindruck von ihr hätte machen müssen. Ausserdem habe sie keinerlei Möglichkeit gehabt, sich gegen die

Nichtdurchführung der Verhandlung zu wehren, nachdem die Vorinstanz zehn Monate für ihren Entscheid benötigt habe und eine Beschwerde ans Bundesgericht zu diesem Zeitpunkt einem blossen Leerlauf gleichgekommen wäre.

E. 3.4

Schreibt das anwendbare Prozessrecht wie hier (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450f ZGB, Art. 60 Abs. 5 EGzZGB/GR und Art. 316 Abs. 1 ZPO) eine Verhandlung nicht zwingend vor, verzichtet eine Partei dann stillschweigend auf den aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK fließenden Anspruch auf eine öffentliche und mündliche Verhandlung, wenn sie keinen Antrag auf Durchführung einer solchen Verhandlung stellt (BGE 134 I 331 E. 2.3 [einleitend; mit Hinweis auf HERZOG, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, 1995, S. 350 ff.] ; 127 I 44 E. 2e/aa). Von einem Verzicht ist auch etwa dann auszugehen, wenn ein Antrag wieder zurückgezogen wird (vgl. Eichel, Mündlich oder schriftlich - Die Justiziabilität des Anspruchs auf mündliche Verhandlung im Zivilprozess unter dem Einfluss der EMRK, in: SJZ 118/2022 S. 583 ff., 586 f., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR). Ein Verzicht auf die Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK muss eindeutig und unmissverständlich erfolgen (BGE 127 I 44 E. 2e/aa, vgl. weitere Urteile des EGMR

Makarenko gegen Russland Nr. 5962/03 vom 22. Dezember 2009 § 135;

Schuler-Zraggen gegen Schweiz Nr. 14518/89 vom 24. Juni 1993 § 58;) und insbesondere ist ein Verzicht auf einen einmal gestellten Antrag auf eine Verhandlung nicht leichthin anzunehmen (Urteil 9C_52/2007 vom 10. Januar 2008 E. 2.3).

E. 3.5.1

Nicht gefolgt werden kann dem Kantonsgericht darin, dass in der mangelnden Begründung des Antrags ein Verzicht auf die Verhandlung liegt. Eine öffentliche und mündliche Verhandlung ist (grundsätzlich) durchzuführen, wenn ein klarer und unmissverständlicher Antrag hierzu vorliegt (BGE 136 I 279 E. 1; Urteil 8C_324/2022 vom 17. Mai 2023 E. 5.2). Die Vorinstanz stellt nicht in Frage, dass dies hier der Fall ist. In dieser Situation aufgrund der (angeblich) fehlenden oder mangelhaften Begründung auf einen Verzicht und mithin die (eindeutige und unmissverständliche) Erklärung der Partei zu schliessen, doch keine Verhandlung durchführen zu wollen, geht nicht an. Ebenfalls nicht nachvollziehbar ist, weshalb das Kantonsgericht für die Beschwerdeführerin nachteilige Folgen an den Umstand knüpft, dass diese ihr Gesuch nach dessen Abweisung nicht mehr begründet hat. Weshalb die Beschwerdeführerin Anlass gehabt haben sollte, eine Begründung für das bereits (formell) erledigte Gesuch nachzureichen, bleibt unerfindlich.

E. 3.5.2

Das Kantonsgericht geht weiter vom Verzicht auf eine Verhandlung bzw. von einer Einlassung auf das schriftliche Verfahren aus, weil die Beschwerdeführerin sich nicht mehr zur Problematik geäußert hat, nachdem ihre Anträge auf Durchführung einer Verhandlung abgewiesen worden waren. Ähnliches nahm das Bundesgericht in einem Strafverfahren an, in dem das Rechtsmittelgericht den Parteien mitteilte, dass es entgegen Art. 405 StPO ein schriftliches Verfahren durchführe, und sie darauf hinwies, sie könnten innert einer bestimmten Frist eine mündliche Verhandlung verlangen, was sie nicht taten. Stattdessen nahm die betreffende Partei vorbehaltlos und aktiv an dem schriftlichen Verfahren teil, weshalb sie sich nicht mehr auf eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK berufen konnte (

BGE 143 IV 483 E. 2). Der vorliegende Fall ist anders gelagert: Zwar hat die Beschwerdeführerin die prozessleitende Verfügung vom 27. November 2020, mit der ihre Gesuche um Durchführung einer öffentlichen Verhandlung abgewiesen wurden, nicht angefochten (vgl. vorne Bst. B.a). Hierzu war sie nach Massgabe von Art. 93 Abs. 3 BGG indes auch nicht verpflichtet (vgl. BGE 144 III 253 E. 1.3). Auch ansonsten lassen sich dem angefochtenen Entscheid keinerlei Sachverhaltselemente entnehmen, die den eindeutigen Schluss zulassen würden, dass die Beschwerdeführerin durch ihr Schweigen nach Abweisung ihrer Anträge auf ihren Anspruch auf eine öffentliche und mündliche Verhandlung verzichtet hätte.

E. 3.6

Zusammenfassend kann kein Verzicht der Beschwerdeführerin auf ihre aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK fliessenden Ansprüche angenommen werden. Ebenso wenig vermag das Kantonsgericht Hinweise zu benennen, dass dem Antrag der Beschwerdeführerin nicht stattgegeben werden könnte, weil er nicht frühzeitig genug gestellt worden oder als schikanös oder rechtsmissbräuchlich einzustufen wäre (vgl. BGE 136 I 279 E. 1). Unter diesen Umständen braucht nicht mehr auf das weitere Argument eingegangen zu werden, die Beschwerdeführerin und ihre Rechtsvertreterin seien ungehörig unter Druck gesetzt worden und hätten deshalb nichts gegen den Entscheid vom 27. November 2020 unternehmen können.

E. 3.7

Auch wenn kein Verzicht vorliegt, steht noch nicht fest, dass der Vorinstanz eine Konventionsverletzung vorzuwerfen ist. Von der Durchführung einer öffentlichen und mündlichen Verhandlung kann wie ausgeführt vielmehr auch abgesehen werden, wenn dies aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls ausnahmsweise geboten ist (vgl. E. 3.2 hiavor). Auf dem Gebiet des Kindesschutzes liegt ein besonderer Grund für das Absehen von einer Verhandlung unter Umständen in der Schutzbedürftigkeit des Kindes (vgl. Art. 6 Ziff. 1 EMRK ; BGE 144 III 442 E. 2.3 und 2.6). Dem angefochtenen Entscheid lässt sich zu dieser Frage nichts entnehmen, nachdem das Kantonsgericht vom Vorliegen eines Verzichts auf die Konventionsgarantie ausgegangen ist. Es ist nicht Sache des Bundesgerichts, sich erstmals und gegebenenfalls unter Ergänzung des Sachverhalts zu dieser Problematik zu äussern (Art. 107 Abs. 2 BGG). Entsprechend ist der angefochtene Entscheid ausser soweit den Ausstand der Mitglieder der KESB betreffend (vgl. vorne E. 1.3) in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung über die Durchführung einer öffentlichen und mündlichen Verhandlung an das Kantonsgericht zurückzuweisen. Anschliessend wird die Vorinstanz neu über die streitbetroffenen Massnahmen zu befinden haben (vgl. zu den Folgen einer Verletzung der Konventionsgarantie BGE 121 I 30 E. 5j; Urteil 5D_192/2013 vom 30. April 2014 E. 4.1; vgl. auch BGE 127 I 44 E. 2e/bb). Auf diese ist vorliegend daher nicht mehr einzugehen.

Zur Regelung der Betreuung der Kinder und zum Erlass weiterer vorsorglicher Massnahmen (inkl. dem Entzug oder der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde) während des kantonalen Beschwerdeverfahrens ist das Kantonsgericht zuständig (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 1 und Art. 450c ZGB ; zur Anwendbarkeit von Art. 445 ZGB im Rechtsmittelverfahren vgl. MARANTA, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Band I, 7. Aufl. 2022, N. 3 zu Art. 445 ZGB). Auf die Anträge der Beschwerdeführerin um Erlass entsprechenden Regelungen durch das Bundesgericht ist

nicht einzutreten. Soweit die Beschwerdeführerin dagegen den Erlass vorsorglicher Massnahmen während des bundesgerichtlichen Verfahrens hätten beantragen wollen (Art. 104 BGG), würde dieses Gesuch mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos.

E. 4.1

Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, der angefochtene Entscheid ausser den Ausstand der Mitglieder der KESB betreffend aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an das Kantonsgericht zurückzuweisen. Im Übrigen ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Unter diesen Umständen braucht auf den Antrag der Beschwerdeführerin um Edition des Zirkulationsblattes des vorinstanzlichen Verfahrens nicht mehr eingegangen zu werden.

E. 4.2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten (inkl. den Kosten für die Kindesvertreterin; vgl. Urteil 5A_529/2014 vom 18. Februar 2015 E. 8.3) zu einem Viertel der Beschwerdeführerin und zu drei Vierteln dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Ausserdem haben die Parteien die jeweilige Gegenpartei im Umfang ihres Unterliegens zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Damit hat der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin im Ergebnis eine reduzierte Parteientschädigung auszurichten.

Beide Parteien ersuchen für das bundesgerichtliche Verfahren indes um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung (vgl. vorne Bst. C). Diese Gesuche werden insoweit gegenstandslos und sind abzuschreiben, als den Parteien zufolge Obsiegens keine Gerichtskosten auferlegt werden (BGE 109 Ia 5 E. 5). Weitergehend sind sie gutzuheissen, da die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 64 Abs. 1 BGG). Die Gerichtskosten werden folglich einstweilen auf die Bundesgerichtskasse genommen. Weiter erhalten beide Parteien ihre Rechtsvertreter als unentgeltliche Vertreter beigeordnet und sind diese aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen (Art. 64 Abs. 2 BGG). Das Gesuch der Beschwerdeführerin ist dabei auch insoweit gutzuheissen und ist ihre Vertreterin auch insoweit aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen, als ihr eine reduzierte Parteientschädigung zugesprochen wird: Angesichts der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdegegners ist nicht anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin die ihr zustehende Entschädigung wird erhältlich machen können (BGE 122 I 322 E. 3d). Beide Parteien werden darauf hingewiesen, dass sie der Bundesgerichtskasse Ersatz zu leisten haben, wozu später in der Lage sind (Art. 64 Abs. 4 BGG ; vgl. zum Ganzen: Urteil 5A_295/2016 vom 23. Februar 2017 E. 6.2, nicht publiziert in: BGE 143 III 113).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.