

BL_GERICHTE 810 19 147 vom 6. September 2019

BL Gerichte, 2019-09-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_810_19_147

FR: BL_GERICHTE 810 19 147 du 6 septembre 2019

IT: BL_GERICHTE 810 19 147 del 6 settembre 2019

Regeste

Anordnung Begutachtung/Ausstand

Erwägungen

E. 2

Gemäss Art. 450a Abs. 1 ZGB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen (Ziff. 1), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhaltes (Ziff. 2) sowie die Unangemessenheit (Ziff. 3) gerügt werden. Dem Kantonsgericht kommt bei der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde somit volle Kognition zu. 3.1 Im vorliegenden Verfahren wird der Entscheid der KESB B.____ vom 14. Mai 2019 angefochten. Streitgegenstand ist der Ausstand von Dr. med. G.____ bei der ärztlichen Begutachtung von D.____. 3.2 Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, der mit der Begutachtung beauftragte Dr. med. G.____ sei langjähriger Hausarzt von D.____ und kenne deshalb auch deren Tochter seit Jahren. Die Beschwerdegegnerin habe auch das Zeugnis von Dr. med. G.____ vom 28. Februar 2018 im Sinne eines Parteigutachtens zu den Akten der KESB B.____ gereicht. Es liege deshalb die Vermutung nahe, dass dieses Zeugnis von der Beschwerdegegnerin bestellt worden sei. Daraus schliesst der Beschwerdeführer, dass objektiv mehr als nur der Anschein der Vorbefassung und der Voreingenommenheit von Dr. med. G.____ bestehe. Hinzu komme, dass Dr. med. G.____ nochmals dieselbe Frage, nämlich jene der Urteilsfähigkeit von D.____ im Februar 2017, zu beantworten habe. Diese Frage habe Dr. med. G.____ bereits beantwortet. Da Dr. med. G.____ die Schlüssigkeit seines früheren Zeugnisses zu überprüfen bzw. zu kontrollieren habe, erscheine das Ergebnis des von der KESB B.____ in Auftrag gegebenen Gutachtens nicht als offen. Angesichts der grossen Bedeutung, die dem Gutachten zukomme, sei an die Unparteilichkeit des Sachverständigen ein strenger Massstab anzulegen. Im Weiteren sei Dr. med. G.____ als Allgemeinpraktiker auch nicht geeignet, Tests zur Bestimmung dementieller Erkrankungen durchzuführen. Die Alterspsychiatrie sei ein eigenes Fachgebiet, weshalb Aufträge zur Begutachtung der Urteilsfähigkeit bzw. der Urteilsunfähigkeit in aller Regel Fachärzten FMH für Neurologie, Psychiatrie und/oder Psychotherapie erteilt würden. 3.3 Die Beschwerdegegnerin bestreitet hingegen, dass es sich bei Dr. med. G.____ um keinen unabhängigen, unbefangenen und unparteilichen Sachverständigen handle. Sie stellt sich auf den Standpunkt, der Beizug des Arztes, der ihre Mutter zum Zeitpunkt der Errichtung des Vorsorgeauftrages vom 23. Februar 2017 behandelt habe, sei zweifellos korrekt und notwendig. Dr. med. G.____ sei die einzige Person, welche in der Zeit vor und nach der Errichtung des Vorsorgeauftrages im Februar 2017 als Arzt Kontakt mit D.____ gehabt habe. Jeder andere Arzt bzw. Gutachter verfüge nicht über dieselben Kenntnisse. Dr. med. G.____ werde zudem beauftragt, seine Wahrnehmungen anlässlich der drei Sprechstunden-Termine zwischen Januar und März 2017 ergänzend zu bezeugen und zu erläutern, was nur er selbst in der

Lage zu tun sei. Zum aktuellen Gesundheitszustand von D.____ habe sich Dr. med. G.____ noch gar nicht geäußert und könne deshalb auch nicht befangen sein. Die Beschwerdegegnerin weist schliesslich darauf hin, dass es der ausdrückliche Wunsch ihrer Mutter sei, die Begutachtung von Dr. med. G.____ durchführen zu lassen. 3.4 Die beigeladene D.____ weist in Bezug auf die durch den Beschwerdeführer gerügte Eignung von Dr. med. G.____ darauf hin, dass dieser aufgrund seiner Ausbildung als Facharzt FMH für Allgemeinmedizin und der langjährigen Begleitung ihren gesundheitlichen und mentalen Zustand sehr gut einschätzen könne. Bei den im angefochtenen Entscheid angeordneten Tests handle es sich zudem um standardisierte Testverfahren, die am häufigsten von Hausärzten angewendet würden. In Bezug auf die vom Beschwerdeführer bemängelte Unabhängigkeit des beauftragten Hausarztes bestreitet die Beigeladene eine enge Verbindung zwischen Dr. med. G.____ und der Beschwerdegegnerin. Ferner weist die Beigeladene darauf hin, dass sie sich selbst für eine Begutachtung durch Dr. med. G.____ und gegen jeden anderen Arzt ausgesprochen habe. Die von der Vorinstanz angeordnete Begutachtung betreffe die aktuelle Situation und könne deshalb von Dr. med. G.____ ohne Bindung an seine früheren Beurteilungen ergebnisoffen beantwortet werden. Die Besorgnis der Voreingenommenheit sei deshalb unbegründet. Im Übrigen weist die Beigeladene darauf hin, dass Dr. med. G.____ die Möglichkeit habe, das ärztliche Attest vom 28. Februar 2018 zu erklären, zu erläutern und zu ergänzen, was nur er tun könne. 4.1 Gemäss Art. 446 Abs. 1 ZGB erforscht die Erwachsenenschutzbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen. In Art. 446 Abs. 2 ZGB wird die Untersuchungsmaxime konkretisiert: Demnach holt die Erwachsenenschutzbehörde die zur Feststellung des Sachverhaltes erforderlichen Erkundigungen ein und erhebt die notwendigen Beweise. Sie ist mit anderen Worten zur selbständigen und unbeschränkten Tatsachenfeststellung verpflichtet. Zu diesem Zweck kann sie eine geeignete Person oder Stelle mit Abklärungen beauftragen und nötigenfalls ein Gutachten einer sachverständigen Person anordnen. Gemäss Gesetzestext liegt es damit grundsätzlich im Ermessen der Erwachsenenschutzbehörde, ob sie in einer Angelegenheit ein Gutachten in Auftrag geben möchte oder nicht (BGE 140 III 97 E. 4.2; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo, ZGB - Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, S. 741). 4.2 Ziel eines medizinischen bzw. psychiatrischen Gutachtens ist es, die Behörde in die Lage zu versetzen, die wesentlichen Rechtsfragen beantworten zu können (Urteil des Bundesgerichtes 5A_912/2014 vom 27. März 2015 E. 3.2.2). Die Gutachterin bzw. der Gutachter muss eine ausgewiesene Fachperson sein. Je nach abzuklärendem Sachverhalt sind an ihre bzw. seine fachliche Qualifikation unterschiedliche Anforderungen zu stellen (Michel Margot/Gareus Ines, Das Gutachten im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in: FamPra.ch 2016 S. 874 ff., S. 899). Ob die Gutachterin oder der Gutachter die fachliche Qualifikation erfüllt und zur Erstellung eines objektiven Gutachtens in der Lage ist, ist von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde jeweils im Einzelfall zu prüfen und zu beurteilen (vgl. BGE 119 II 319 E. 2b). 5.1 Gegen den konkret vorgesehenen Gutachter oder die vorgesehene Gutachterin können Ausstandsgründe vorgebracht werden, wobei diese nur massgebend sind, wenn sie objektiv begründet werden können. Die Anforderungen an die Unabhängigkeit sachverständiger Personen richtet sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes nach Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (Urteil des Bundesgerichtes 1P.651/2003 und 1P.653/2003 vom 19. Dezember 2003 E. 5.2). Die Ausstandsgründe werden grundsätzlich vom kantonalen Recht geregelt (Daniel Steck, in:

Büchler/Häfeli/Leuba/Stettler, FamKomm, Erwachsenenschutz, Art. 446 ZGB, N 16). Für die Expertin oder den Experten sind grundsätzlich diejenigen Ausstandsgründe massgebend, welche das kantonale Verfahrensrecht auch für den Spruchkörper der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vorsieht (Urteil der Präsidentin der Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht vom 22. Mai 2018 [810 2018 31] E. 3.2 ff. m.w.H.; Thomas Weibel, in: Sutter-Somm/Haselböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 183 ZPO, N 19 ff.).

5.2 Befangenheit ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Sachverständigen zu erwecken. Es braucht nicht nachgewiesen zu werden, dass dieser tatsächlich befangen ist (BGE 125 II 541 E. 4a). Es genügt, wenn Umstände gegeben sind, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Bei der Beurteilung des Anscheins der Befangenheit und der Gewichtung solcher Umstände kann jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden; das Misstrauen in die Gutachterin oder in den Gutachter muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen (vgl. BGE 139 I 121 E. 5.1; BGE 138 I 1 E. 2.2; BGE 137 I 227 E. 2.1; BGE 119 V 456 E. 5b). Nicht jede irgendwie geartete Beziehung zwischen dem Experten und den Parteien bzw. der zu beurteilenden Frage begründet für sich allein den Verdacht der Befangenheit (BGE 125 II 541 E. 4b).

5.3 Da auf strengste Unparteilichkeit und Unabhängigkeit zu achten ist, können u.a. Personen, die sich schon früher mit derselben Angelegenheit befasst haben, nicht als Gutachter bestellt werden. Wer in einem vorinstanzlichen Verfahren bereits als sachverständige Person tätig war, kann in nachfolgenden Verfahrensabschnitten aber weiterhin als sachverständige Person tätig werden (Weibel, a.a.O., Art. 183 ZPO, N 25 m.w.H.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes begründet eine Vorbefassung des Arztes, der erneut zur Begutachtung beigezogen wird, nicht von vornherein den Anschein der Befangenheit (BGE 132 V 93 E. 7.2.2). Entscheidend ist, dass das Ergebnis der Begutachtung nach wie vor als offen und nicht vorbestimmt erscheint. Dies ist zu bejahen, wenn der Sachverständige andere Fragen zu beantworten oder sein erstes Gutachten lediglich zu erläutern oder zu ergänzen hat, nicht aber, wenn er die Schlüssigkeit seiner früheren Expertise überprüfen sollte. Demnach darf einem Sachverständigen aufgegeben werden, sein erstes Gutachten zu vervollständigen und sich mit weiteren Arztberichten vertiefter auseinanderzusetzen. Befangenheit entsteht in einem solchen Fall erst, wenn weitere Umstände hinzutreten, beispielsweise das Gutachten nicht neutral und sachlich gehalten ist. Hingegen schliesst die Vorbefassung in anderer Funktion (z.B. als Privatgutachter, Berater einer Partei, behandelnder Arzt) eine Tätigkeit als sachverständige Person regelmässig aus (BGE 94 I 417 E. 4; BGE 97 I 320 E. 2; BGE 118 II 249 E. 2c; BGE 119 V 456 E. 5; BGE 122 IV 235 E. 2; BGE 124 I 34 E. 3d und 3e; BGE 125 II 541 E. 4; BGE 127 I 73 E. 3f bb). Mit Blick auf die besondere Vertrauensstellung sowie die vertragliche Beziehung, welche die notwendige kritische Objektivität in Frage stellen lässt, fällt der Hausarzt als Gutachter grundsätzlich nicht in Betracht (vgl. Margot/Ines, a.a.O., S. 897 m.w.H.). Zudem darf und soll in Bezug auf Berichte von behandelnden Ärzten der Erfahrungstatsache Rechnung getragen werden, dass diese mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patientinnen und Patienten aussagen (BGE 125 V 351 E. 3b/cc). Zu beachten ist insbesondere die unterschiedliche Natur von Behandlungsauftrag eines therapeutisch tätigen (Haus-)Arztes und von Begutachtungsauftrag eines amtlich bestellten fachmedizinischen Experten (BGE 124 I 170 E. 4).

E. 6

Vorliegend ist strittig, ob die Beauftragung von Dr. med. G.____ durch die Vorinstanz eine Verletzung der Ausstandsvorschriften darstellt. Es ist festzustellen, dass die KESB B.____ im angefochtenen Entscheid Dr. med. G.____ einerseits beauftragt hat, zu untersuchen, ob die beigeladene D.____ in Bezug auf die im Vorsorgeauftrag beschriebenen Aufgabenbereiche "dauerhaft urteilsunfähig" ist (Entscheid der KESB B.____ vom 14. Mai 2019, Ziff. 3). Andererseits wurde Dr. med. G.____ aufgefordert, ausführende Bemerkungen zu seinem ärztlichen Zeugnis vom 28. Februar 2018 zu verfassen (Entscheid der KESB B.____ vom 14. Mai 2019, Ziff. 5). Es ist deshalb zu unterscheiden zwischen dem Auftrag, ein aktuelles Gutachten zu erstellen (Entscheid der KESB B.____ vom 14. Mai 2019, Ziff. 3) und der Aufforderung, das ärztliche Zeugnis vom 28. Februar 2018 auszuführen (Entscheid der KESB B.____ vom 14. Mai 2019, Ziff. 5).

E. 7

Nach dem Gesagten ist in Bezug auf Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Entscheides festzustellen, dass die Vorinstanz für die Validierung eines der zwei infrage stehenden Vorsorgeaufträge den aktuellen medizinischen Zustand der Beigeladenen mittels Gutachten abklären lassen möchte. Im Rahmen der Neubegutachtung geht es in erster Linie um die aktuelle Begutachtung der Beigeladenen. Es bedarf eines sich auf hinreichende Beobachtung der Person abstützenden Gutachtens, welches sich darüber ausspricht, ob die Betroffene mangels genügenden Intellekts oder Willens ausserstande ist, ihre Interessen selber zu wahren und ob dieses Ungenügen der weittragenden Massnahme der Validierung des Vorsorgeauftrags bedarf. Aus den Akten geht hervor, dass Dr. med. G.____ die Beigeladene seit zehn Jahren behandelt und begleitet. Mit Blick auf die besondere Vertrauensstellung sowie die vertragliche Beziehung muss die notwendige kritische Objektivität von Dr. med. G.____ in Frage gestellt werden. Als Hausarzt hat er eine selbstverständliche Pflicht zur Loyalität gegenüber seiner Patientin. Auch wenn ihm keinesfalls unterstellt werden soll, dass er sich nicht mit besten Absichten und professioneller Überzeugung äussert, kann Dr. med. G.____ aufgrund seiner Vertrauensposition gegenüber der Beigeladenen als neutraler und unabhängiger Gutachter nicht in Frage kommen. In Bezug auf den Wunsch der Beigeladenen, von Dr. med. G.____ begutachtet zu werden, ist zwar festzustellen, dass in der Botschaft zum revidierten Erwachsenenschutzrecht die Selbstbestimmung als zentrales Revisionsziel beschrieben wird (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht] vom 28. Juni 2006, Bundesblatt [BBl] 2006 7001, S. 7002, 7003, 7011 ff.). Damit ist aber insbesondere die eigene Vorsorge, also der Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung gemeint, aber nicht nur: Bei den behördlichen Massnahmen ist vorgesehen, dass diese die Selbstbestimmung der betroffenen Person soweit als möglich erhalten und fördern sollen (Art. 388 Abs. 2 ZGB). Selbstbestimmung ist aber nur dort möglich, wo eigenverantwortliches Entscheiden auch möglich ist (Daniel Rosch , Die Selbstbestimmung im revidierten Erwachsenenschutzrecht, in: Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz [ZKE] 2015 S. 215 ff., S. 218, 221). Der mit der Einholung eines Gutachtens einhergehende Eingriff in die Persönlichkeit des Vorsorgeauftraggebers erscheint angesichts des Gewichts der Entscheidung als gerechtfertigt (Jacqueline Büttner/Christiana Fountoulakis , Der Vorsorgeauftrag: erste Erfahrungen aus der Praxis - Zahlen und Fallbeispiele von den Berner Erwachsenenschutzbehörden, in: FamPra.ch 2015 S. 507 ff., S. 517). Angesichts der vorliegend tangierten Interessen ist der Eingriff in das

Selbstbestimmungsrecht der Beigeladenen somit gerechtfertigt. Für die Anordnung eines Gutachtens im Sinne der Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Entscheides muss daher ein anderer Sachverständiger beauftragt werden (vgl. Beschluss des Zürcher Obergerichts vom 19. Mai 2003, in: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung [ZR] 103/2004 Nr. 55, S. 219-222, E. 4a). Die Frage der fehlenden Qualifikation von Dr. med. G.____ kann folglich offen gelassen werden. In diesem Punkt ist die Beschwerde demnach gutzuheissen.

E. 8

In Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Entscheides wird Dr. med. G.____ aufgefordert, sein Arztzeugnis vom 28. Februar 2018 zu erläutern und sich mit dem bei den Akten liegenden Gutachten des Felix-Platter Spitals auseinanderzusetzen. Die Vorinstanz wollte damit keine Neu Beurteilung der Diagnose aus dem Jahr 2018 veranlassen. Vielmehr stellen sich im Attest vom 28. Februar 2018 offenbar unbeantwortete Fragen, die von der Behörde nicht selber überprüft werden können. Das Vorgehen der Vorinstanz erweist sich von der Sache her als sinnvoll: Der bereits tätig gewordene Arzt ist der einzige, der in der Lage ist, seine Einschätzung zu erläutern und zu ergänzen. In diesem Zusammenhang wird Dr. med. G.____ von der Vorinstanz weder als Gutachter noch als medizinischer Sachverständiger eingesetzt, weshalb sich in diesem Zusammenhang die Frage des Ausstandes auch nicht stellt. Im Übrigen macht der Beschwerdeführer auch keine konkreten Ausstandsgründe geltend, sondern leitet aus dem ihm missliebigen Arztzeugnis vom 28. Februar 2018 einen Ablehnungsgrund ab. Das Begehren des Beschwerdeführers zielt vielmehr auf die Frage der Beweiswürdigung der zu erwartenden Ausführungen in Bezug auf das Arztzeugnis vom 28. Februar 2018 ab, wobei entscheidend sein wird, inwieweit diese den Kriterien der Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit genügen werden. Die Rüge ist deshalb abzuweisen.

E. 9

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beauftragung von Dr. med. G.____ für die Begutachtung des aktuellen Zustandes der Beigeladenen nicht rechtmässig ist und die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen ist. Die Dispositiv-Ziffern 2, 3 und 4 des Entscheides der Vorinstanz sind deshalb aufzuheben. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 10

Es bleibt über die Kosten zu befinden. Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das Verfahren vor dem Kantonsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren und die Beweiskosten und werden in der Regel in angemessenem Ausmass der ganz oder teilweise unterliegenden Partei auferlegt (§ 20 Abs. 3 VPO). Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann gemäss § 21 Abs. 1 VPO für den Beizug eines Anwalts bzw. einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zu Lasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Die vorliegende Beschwerde ist teilweise gutzuheissen. Der Beschwerdeführer gilt somit als teilweise obsiegend und teilweise unterliegend. Sämtliche Parteien sind mit ihren Anliegen etwa im selben Masse durchgedrungen. Unter Würdigung aller Umstände rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten hälftig zulasten des Beschwerdeführers und hälftig zulasten der übrigen Parteien zu verlegen. Dem Beschwerdeführer ist somit ein Verfahrenskostenanteil von Fr. 450.-- aufzuerlegen. Der Vorinstanz, der Beschwerdegegnerin und der Beigeladenen ist ein Verfahrenskostenanteil in der Höhe von je Fr. 150.-- aufzuerlegen. Dem Beschwerdeführer ist der zu viel geleistete

Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 50.-- zurückzuerstatten. Da alle Parteien im selben Umfang obsiegt haben bzw. unterlegen sind, sind die Parteikosten wettzuschlagen. Demgemäss wird erkannt: ://: 1. Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und die Dispositiv-Ziffern 2, 3 und 4 des Entscheides der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B.____ vom 14. Mai 2019 werden aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2. Dem Beschwerdeführer wird ein Verfahrenskostenanteil in der Höhe von Fr. 450.-- auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 500.-- verrechnet. Der zu viel geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 50.-- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet. Der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B.____, der Beschwerdegegnerin und der Beigeladenen wird ein Verfahrenskostenanteil in der Höhe von je Fr. 150.-- auferlegt. 3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen. Präsidentin Gerichtsschreiberin

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