

BL_GERICHTE 810 21 326 vom 21. März 2022

BL Gerichte, 2022-03-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_810_21_326

FR: BL_GERICHTE 810 21 326 du 21 mars 2022

IT: BL_GERICHTE 810 21 326 del 21 marzo 2022

Regeste

Kontakt- resp. Besuchsrecht des Kindsvaters

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB kann gegen Entscheide einer Kinderschutzhilfe Beschwerde beim zuständigen Gericht erhoben werden. § 66 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über die Einführung des Zivilgesetzbuches (EG ZGB) vom 16. November 2006 erklärt für die Beurteilung von Beschwerden nach Art. 450 Abs. 1 ZGB das Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, für zuständig. Das Verfahren richtet sich nach den Art. 450 bis Art. 450e ZGB. Im Übrigen sind die Bestimmungen des kantonalen Verwaltungsprozessrechts anwendbar (§ 66 Abs. 2 EG ZGB). Der Beschwerdeführer ist als am Verfahren beteiligte Person zur Beschwerde legitimiert (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2

Gemäss Art. 450a Abs. 1 ZGB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen (Ziff. 1), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts (Ziff. 2) sowie die Unangemessenheit (Ziff. 3) gerügt werden. Dem Kantonsgericht kommt bei der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde somit volle Kognition zu.

E. 3

Materieller Streitgegenstand bildet vorliegend die Frage, ob die Vorinstanz die Neuregelung des Besuchs- bzw. Kontaktrechts zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Söhnen E.____ und D.____ zu Recht ablehnte.

E. 4

Der Beschwerdeführer erhebt Gehörsrügen. Formelle Rügen - wie namentlich Gehörsrügen - können ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen, weshalb sie vorab zu behandeln sind (Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV], vom 20. Mai [810 19 158] E. 4.1 ; Urteil des BGer 2C_196/2017 vom 21. Februar 2019 E. 3, nicht publ. in: BGE 145 II 49).

E. 4.1

Der Beschwerdeführer rügt konkret, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör massiv verletzt, weil er zu wesentlichen Fakten gar nicht erst angehört worden sei. Namentlich habe er vor dem angefochtenen Entscheid keinerlei Gelegenheit erhalten, sich

zur Anhörung der Mutter vom 13. August 2021 und zur Kindsanhörung vom 1. September 2021 zu äussern. Von einer im angefochtenen Entscheid erwähnten E-Mail-Nachricht der Kindsmutter vom 7. November 2021 an den Beistand habe er keine Kenntnis erhalten. Auch zur Aktennotiz des Beistands vom 8. November 2021 und den darin wiedergegebenen angeblichen Behauptungen von E.____, D.____ und der Kindsmutter anlässlich des Gesprächs sei er nicht angehört worden. Er habe von den nach seiner Anhörung vom 27. Juli 2021 erfolgten Abklärungen und Sachverhaltsergänzungen erst durch den vorliegend angefochtenen Entscheid erfahren.

E. 4.2

Die Vorinstanz bestreitet die diesbezüglichen tatsächlichen Vorbringen des Beschwerdeführers in ihrer Vernehmlassung vom 24. Januar 2022 nicht. Sie macht geltend, dass der Beschwerdeführer zu den Vorschlägen der KJP im Therapieverlaufsbericht vom 12. Juli 2021 angehört worden sei. Aus den restlichen Anhörungen hätten sich keine wesentlichen Fakten ergeben, welche vor dem Erlass des Entscheids eine Stellungnahme des Kindsvaters erfordert hätten. Auch die aus der E-Mail-Nachricht der Beschwerdegegnerin vom 7. November 2021 übernommene Schilderung des Vorfalls vom 4. November 2021 (zufälliges Aufeinandertreffen von E.____ mit dem Beschwerdeführer im Tram) habe nur der Vervollständigung des Sachverhalts gedient. Selbst ohne diese Ergänzung wäre die KESB B.____ zu keinem andern Schluss bezüglich Besuchsrecht gekommen.

E. 4.3

Die Beschwerdegegnerin stellt sich in dieser Beziehung auf den Standpunkt, dass der Beschwerdegegner die Gelegenheit gehabt hätte, um sich zu den neu gewonnenen Erkenntnissen der Vorinstanz zu äussern. Aus den Akten der KESB gehe hervor, dass der Beschwerdeführer darüber im Bild gewesen sei, dass sowohl die Kindsmutter wie auch die Söhne angehört werden würden. Er habe somit darum gewusst, dass es nach seiner eigenen Anhörung weitere Anhörungen geben werde. Der Beschwerdeführer habe es versäumt, die entsprechenden Protokolle einzufordern. Zudem habe der Beschwerdeführer auch nach Erlass der angefochtenen Verfügung keine Akteneinsicht verlangt. Er habe es versäumt, sich zumindest im Rahmen der Beschwerde kundig zu machen und sich zu den Anhörungen materiell zu äussern, weshalb fraglich sei, ob eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege. 5.1 Der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 verankerte Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör gewährleistet dem Einzelnen allgemein eine effektive Mitwirkung im Verfahren zum Erlass von Entscheidungen, die in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifen (Gerold Steinmann , in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014, N 42 ff. zu Art. 29 BV). Als Teilgehalte des rechtlichen Gehörs zählen in der Rechtsprechung und Lehre die Ansprüche auf vorgängige Äusserung und Anhörung, der Anspruch auf Berücksichtigung der Vorbringen, der Anspruch auf Teilnahme am Beweisverfahren unter Einschluss des Rechts, Beweisanträge zu stellen, das Recht auf Akteneinsicht und das Recht auf einen begründeten Entscheid (BGE 142 I 86 E. 2.2; BGE 141 V 557 E. 3.1; KGE VV vom 11. August 2017 [810 17 35] E. 4.1 ; Michele Albertini , Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 206 ff.; Jörg Paul Müller/Markus Schefer , Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 846 ff.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die

einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 147 I 433 E. 5.1; BGE 143 V 71 E. 4.1; BGE 135 I 279 E. 2.3).

5.2.1 Ein wesentlicher Aspekt der Gehörsgarantie im Verwaltungsverfahren ist die ihr innewohnende Informationskomponente. Voraussetzung für die effektive Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs sind genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf, was auf das Recht hinausläuft, in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert zu werden. Der Anspruch umfasst die vorgängige Orientierung über die Beweisführung und den Verfahrensstoff. Dabei geht es nicht nur um formelle Abläufe wie insbesondere die Abnahme von Beweisen, sondern auch um inhaltliche Anforderungen. Die Pflicht zur Orientierung umfasst namentlich die Information über den Beizug von Unterlagen, Beweismitteln oder Gutachten (BGE 140 I 99 E. 3.4; Steinmann, a.a.O., N 45 zu Art. 29 BV). Nimmt die Behörde neue Aktenstücke in die Verfahrensakten auf, die ihr als Entscheidungsgrundlage dienen, hat sie den Betroffenen davon in Kenntnis zu setzen (BGE 143 IV 380 E. 1.1; BGE 124 II 132 E. 2b; BGE 114 Ia 97 E. 2c). Die Parteien müssen über sämtliche Akten, Beweismittel oder sonstige Unterlagen im Bilde sein, worauf die entscheidende Behörde ihre Verfügung zu stützen gedenkt. Es ist Sache der Behörde, die Parteien unaufgefordert über neu hinzugekommene entscheidungserhebliche Beweismittel zu orientieren, damit sich diese darüber schlüssig werden können, ob sie sich dazu äussern wollen oder nicht (KGE VV vom 1. April 2020 [810 19 342] E. 2.5 ; BGE 132 V 387 E. 3.1; BGE 124 II 132 E. 2b). Es darf dem Betroffenen - oder seinem Rechtsvertreter - nicht zugemutet werden, sich periodisch über den Beizug neuer Akten durch die Behörde informieren zu müssen (Müller/Schefer, a.a.O., S. 861; Albertini, a.a.O., S. 217 ff.).

5.2.2 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer nach dessen Anhörung am 27. Juli 2021 nicht über die nach diesem Zeitpunkt erstellten Protokolle und Aktennotizen sowie über die Eingaben des Beistands und der Beschwerdegegnerin informiert hat. Dies betrifft insbesondere die Protokolle zu den Anhörungen der Kindsmutter vom 13. August 2021 sowie der Kinder vom 1. September 2021, die E-Mail-Nachricht der Kindsmutter vom 7. November mit den darin geschilderten Ereignissen vom 4. November 2021 sowie die Aktennotiz vom 5. November 2021 betreffend das Gespräch des Beistands mit D.____, E.____ und der Kindsmutter. Diese Aktenstücke dienten der Vorinstanz ganz offensichtlich zur Meinungsbildung und als Entscheidungsgrundlage, speziell die Ergebnisse der Kindesanhörungen. Der Beschwerdeführer beklagt sich damit zu Recht über eine Verletzung seines Anspruchs auf Orientierung.

5.3.1 Aufgrund der unterbliebenen Information wurde dem Beschwerdeführer auch das vom Anspruch auf rechtliches Gehör umfasste Recht auf Stellungnahme zum Beweisergebnis (BGE 143 III 65 E. 3.2; BGE 141 V 557 E. 3.1; BGE 140 I 99 E. 3.4) und das Recht auf Äusserung zu den Stellungnahmen der anderen Verfahrensbeteiligten (Replikrecht) verwehrt. Letzteres beinhaltet die Möglichkeit, sich zu Eingaben oder mündlichen Stellungnahmen der Gegenpartei zu äussern, zumindest soweit diese materiell geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 138 I 154 E. 2.3.2; KGE VV vom 11. August 2017 [810 17 35] E. 4.2.1). Die Gelegenheit für den Privaten, vor dem Erlass eines ihn betreffenden Hoheitsaktes seinen Standpunkt zu den wesentlichen Tatsachen und zum Beweisergebnis vorzubringen, ist die zentrale Ausgestaltung und das eigentliche Kernstück der grundrechtlichen Garantie nach Art. 29 Abs. 2 BV (Albertini, a.a.O., S. 260). Zwar argumentiert die Vorinstanz, die Anhörungen hätten inhaltlich nichts Neues ergeben und somit keinen Einfluss auf den Entscheid gehabt. Letzteres trifft aber augenscheinlich nicht zu. Im angefochtenen Entscheid mass sie den Aussagen der Kinder anlässlich der Anhörung

einen gewichtigen (E.____) oder gar ausschlaggebenden (D.____) Einfluss zu. Dass die Haltung der Kinder der Behörde aus früheren Abklärungen bekannt war und auch für den Beschwerdeführer nicht überraschend sein konnte, ändert nichts daran, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer keine Gelegenheit einräumte, sich insbesondere dazu zu äussern. Das Äusserungsrecht ist formeller Natur und besteht unabhängig davon, ob die Vorbringen geeignet sein könnten, einen Meinungsumschwung der Behörde herbeizuführen. Die Entscheidung darüber, ob es einer Äusserung bedarf, liegt bei den Parteien und nicht bei der Behörde (vgl. auch KGE VV vom 1. April 2020 [810 19 342] E. 2.5 ; KGE VV vom 13. Dezember 2017 [810 17 202] E. 4.4 ; jeweils mit Hinweisen). 5.3.2 Hinzu kommt, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer betreffend den Therapieverlaufsbericht der KJP vom 12. Juli 2021 anhörte. Gegenstand der Anhörung bildete allerdings bloss die Besprechung der Empfehlungen, wobei gemäss dem Protokoll in erster Linie über verschiedene Möglichkeiten zur Wiederherstellung eines Kontakts zu den Kindern diskutiert wurde. Ein vollständiger Verzicht auf eine Umgangsregelung wurde nicht erörtert. Erst nach der Anhörung der Kindsmutter und der Söhne kristallisierte sich für die Vorinstanz offenbar heraus, dass sie das Besuchs- und Kontaktrecht nicht einmal in der Form von Erinnerungskontakten würde verfügen können. Auch aus diesem Grund hätte sie dem Beschwerdeführer den Inhalt des vorgesehenen Entscheids vorgängig unterbreiten und ihm Gelegenheit zur Mitwirkung gewähren müssen. 5.4.1 Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Nach der Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs allerdings ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei prüfen kann. Von einer Rückweisung der Sache ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 142 II 218 E. 2.8.1; BGE 137 I 195 E. 2.3.2; KGE VV vom 28. Dezember 2021 [810 21 278] E. 3.3 ; KGE VV vom 11. August 2017 [810 17 35] E. 4.4.1 ; Steinmann , a.a.O., N 59 zu Art. 29 BV). 5.4.2 Die grundrechtlichen Garantien verfahrensrechtlicher Kommunikation sollen insbesondere sicherstellen, dass der betroffene Einzelne in administrativen Verfahren nicht nur als Objekt, sondern auch als Subjekt ernst genommen wird (Müller/Schefer , a.a.O., S. 861; Steinmann , a.a.O., N 42 zu Art. 29 BV). Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall das Verfahren - nach einer ersten Besprechung - faktisch ohne Einbezug des davon unmittelbar betroffenen Beschwerdeführers durchgeführt und ihn damit zum eigentlichen Verfahrensobjekt degradiert. Gerade die Verletzung dieser persönlichkeitsrechtlichen Dimension des Grundrechts wiegt schwer. Gesamthaft gesehen sind die mannigfaltigen Gehörsverletzungen im vorliegenden Fall als derart gravierend einzustufen, dass eine ausnahmsweise Heilung durch das Kantonsgericht ausser Betracht fallen muss, zumal in der Angelegenheit keine spezielle Dringlichkeit besteht und sich die mit einer Rückweisung verbundene Verfahrensverzögerung in Grenzen halten dürfte.

E. 6

Die Beschwerde erweist sich demnach als offensichtlich begründet und ist im einzelrichterlichen Verfahren gutzuheissen (§ 1 Abs. 3 lit. e VPO). Aufgrund der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist der angefochtene Entscheid im Umfang der

Anfechtung ohne Prüfung in der Sache aufzuheben, weshalb auf die Durchführung einer Parteiverhandlung und die Abnahme der weiteren beantragten Beweise verzichtet werden kann. Ein zweiter Schriftenwechsel erweist sich unter diesen Umständen ebenfalls als entbehrlich. Die Angelegenheit ist zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. 7.1 Es bleibt über die Kosten zu befinden. Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das Verfahren vor 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). Vorliegend sind die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 800.-- vollumfänglich der Vorinstanz aufzuerlegen. Die jeweiligen Gesuche des Beschwerdeführers und der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Prozessführung werden damit gegenstandslos. 7.2 Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann gemäss § 21 Abs. 1 VPO für den Beizug eines Anwalts oder einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Ausgangsgemäss ist dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zuzusprechen, wobei diese wiederum vollständig der Vorinstanz zu überbinden ist. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht in der Honorarnote vom 21. Februar 2022 einen Aufwand von sieben Stunden sowie Auslagen in der Höhe von Fr. 124.70 geltend, was angemessen erscheint. Praxisgemäss ist der Stundenansatz auf Fr. 250.-- festzulegen. Daraus ergibt sich eine von der Vorinstanz an den Beschwerdeführer auszurichtende Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2'019.05 (inkl. Auslagen und 7.7% MWST). Sein Antrag auf Bewilligung der unentgeltlichen Verbeiständung ist obsolet. 7.3 Die unterliegende Beschwerdegegnerin hat keinen Anspruch auf Ausrichtung einer Parteientschädigung. Sie stellt für diesen Fall ein Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung. Gemäss § 22 Abs. 1 VPO wird eine Partei auf ihr Begehren von der Bezahlung der Verfahrenskosten und der Kosten von Beweismassnahmen befreit, sofern ihr die nötigen Mittel fehlen und ihr Begehren nicht offensichtlich als aussichtslos erscheint. Unter den gleichen Voraussetzungen wird der Partei der kostenlose Beizug eines Anwaltes bzw. einer Anwältin gewährt, sofern dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erscheint (§ 22 Abs. 2 VPO). Die Beschwerdegegnerin wird nachweislich von der Sozialhilfe unterstützt und ist somit mittellos. Ihre Begehren zur Sache erweisen sich zudem als nicht aussichtslos und der Beizug einer Rechtsvertretung war notwendig. Die formellen Fehler der Vorinstanz können nicht der Beschwerdegegnerin zugerechnet werden. Deshalb ist ihrem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Verbeiständung stattzugeben. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin macht in der Honorarnote vom 23. Februar 2022 einen Aufwand von 12 Stunden und 15 Minuten sowie Auslagen in der Höhe von Fr. 122.60 geltend, was nicht zu beanstanden ist. Er war im vorliegenden Verfahren schon aus Gründen der anwaltlichen Sorgfaltspflicht gehalten, sich zur Wahrung der Interessen der Mandantschaft inhaltlich umfassend zur Sache zu äussern, denn er musste vorsichtshalber von einer Heilung der in der Beschwerde monierten Gehörsverletzungen ausgehen. Bei unentgeltlicher Verbeiständung beträgt das Honorar Fr. 200.-- pro Stunde (§ 3 Abs. 2 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte [TO] vom 17. November 2003). Mehrwertsteuer wird keine beansprucht. Dem Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin ist demgemäss ein Honorar in der Höhe von Fr. 2'572.60 (inkl. Auslagen) aus der Gerichtskasse auszurichten. Die Beschwerdegegnerin wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie zur Nachzahlung der in diesem Verfahren infolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege der Gerichtskasse belasteten Kosten verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist (§ 53a Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der

Gerichte [Gerichtsorganisationsgesetz, GOG] vom 22. Februar 2001). Demgemäss wird erkannt: ://: 1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B.____ vom 16. September 2021 und 11. November 2021 mit Ausnahme von Ziffer 5 (Besuchsrecht gegenüber F.____) aufgehoben. Die Angelegenheit wird im Sinne der Erwägungen an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B.____ zurückgewiesen. 2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 800.-- werden der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B.____ auferlegt. 3. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B.____ hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'019.05 (inkl. Auslagen und 7.7% MWST) zu bezahlen. Die übrigen Parteikosten werden wettgeschlagen. 4. Der Beschwerdegegnerin wird für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Verbeiständung bewilligt. Dem Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin wird ein Honorar in der Höhe von Fr. 2'572.60 (inkl. Auslagen) aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Präsidentin Gerichtsschreiber i.V.

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