



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht

vom 3. Februar 2021 (810 20 231)

Kindes- und Erwachsenenenschutzrecht

Regelung des Besuchsrechts / Nichtigkeit aufgrund eines Eröffnungsmangels

Besetzung	Vizepräsident Daniel Ivanov, Kantonsrichter Claude Jeanneret, Markus Clausen, Hans Furer, Niklaus Ruckstuhl, Gerichtsschreiberin Julia Kempfert
Beteiligte	A. ____, Beschwerdeführer, vertreten durch Dr. Jascha Schneider-Marfels, Advokat gegen Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörde B. ____, Vorinstanz C. ____, Beschwerdegegnerin
Betreff	Regelung des Besuchsrechts / Absehen von Kindesschutzmassnahmen (Entscheidung der Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörde B.____ vom 2. Juli 2020)

A. D.____, geboren 2009, und E.____, geboren 2008, sind die gemeinsamen Kinder von C.____ und A.____ (wohnhaft in Deutschland). Die Kindseltern trennten sich im September 2012 und das Aufenthaltsbestimmungsrecht über die beiden Töchter wurde vorläufig der Kindsmutter übertragen. Am 20. Oktober 2015 unterzeichneten die Kindseltern eine gerichtlich genehmigte Besuchs- und Ferienrechtsvereinbarung für den Kindsvater und die beiden Kinder. C.____ heiratete im Dezember 2016 ihren jetzigen Ehemann, welcher zu dieser Zeit in G.____ wohnhaft war. Mit einem Umzug seiner beiden Töchter nach G.____ war A.____ nicht einverstanden, weshalb das Amtsgericht F.____, Familiengericht, mit Beschluss vom 12. April 2017 das Aufenthaltsbestimmungsrecht und die Sorge für die schulischen Angelegenheiten für die beiden Kinder auf die Mutter übertrug. Darauf folgend zog C.____ mit den beiden Kindern nach Belgien.

B. Nachdem A.____ im November 2018 den Vollzug des am 20. Oktober 2015 vereinbarten Besuchs- und Ferienrechts verlangt hatte, beantragte C.____ im Januar 2019 beim Niederländischen Gericht der ersten Instanz G.____, Familiengericht, eine neue Umgangsregelung. Am 28. Mai 2019 hat das niederländische Familiengericht entschieden, dass aufgrund der konfliktbeladenen Situation vorläufig kein Umgang zwischen dem Kindsvater und den beiden Kindern erfolgen solle.

C. Aus beruflichen Gründen zog C.____ mit ihrem Ehemann und den beiden Kindern per 1. Oktober 2019 nach H.____ (Schweiz). Mit E-Mail vom 7. September 2019 gelangte C.____ an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B.____ (KESB) und ersuchte um eine Regelung der persönlichen Kontakte zwischen dem Kindsvater und den beiden Kindern. Weiter nahm C.____ Kontakt auf zur Familien-, Paar- und Erziehungsberatung I.____, um eine gemeinsame Anlaufstelle für sich und den Kindsvater vorzuschlagen.

D. Am 23. Oktober 2019 wurden C.____ und A.____ von der KESB persönlich angehört. E.____ und D.____ wurden am 4. November 2019 ebenfalls persönlich von der KESB zu den Kontakten zu ihrem Vater angehört. Dabei habe D.____ den Wunsch geäußert, ihren Vater wieder sehen zu wollen. E.____ wolle den Vater hingegen nicht sehen.

E. Am 13. Januar 2020 fand ein erstes und am 9. Februar 2020 ein zweites begleitetes Treffen zwischen D.____ und ihrem Vater statt. Die Eltern haben am 10. Februar 2020 einen ersten Termin bei der Familien- und Jugendberatung (FJB) wahrgenommen. Am 29. Mai 2020 wurden beide Kinder von der KESB nochmals zu den Besuchen beim Vater angehört. D.____ habe dabei erklärt, dass sie ihren Vater vielleicht später wieder einmal sehen wolle, wenn sie wieder Lust dazu habe, zur Zeit wolle sie dies nicht mehr. E.____ wolle den Vater nach wie vor nicht sehen.

F. Mit Schreiben vom 12. Juni 2020 gewährte die KESB den Kindseltern das rechtliche Gehör zum weiteren Vorgehen. Demnach habe die KESB beabsichtigt, vorerst keine weiteren Besuche durchzuführen oder anzuordnen. Mit E-Mail vom 24. Juni 2020 nahm der Kindsvater Stellung und mit Schreiben vom 24. Juni 2020 reichte die Kindsmutter ihre Stellungnahme ein.

G. Mit Entscheid der KESB vom 2. Juli 2020 sah die KESB von der Errichtung von Kindeschutzmassnahmen für D.____ und E.____ vorerst ab. Gleichzeitig wurden die Kindseltern bei ihrer Zusage behaftet, regelmässige Gespräche bei der FJB in Anspruch zu nehmen. Weitere Besuchstage wurden vorerst nicht festgelegt. Ein erster Erinnerungskontakt sei im Frühjahr 2021 geplant und werde von der KESB organisiert. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'800.-- wurden je hälftig beiden Elternteilen auferlegt.

H. Gegen diesen Entscheid erhob A.____ mit Eingabe vom 17. September 2020 Beschwerde beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Er beantragt sinngemäss die Aufhebung des Entscheids vom 2. Juli 2020 (Ziffern 1 und 3). Weiter beantragt der Beschwerdeführer die Einsetzung einer Kindesvertretung sowie die Anordnung einer psychiatrischen/psychologischen Untersuchung und die Erstellung eines Gutachtens in dieser Sache.

I. Die Beschwerdegegnerin liess sich mit Eingabe vom 26. November 2020 vernehmen und beantragt die Abweisung der Beschwerde unter o/e-Kostenfolge. Die KESB liess sich mit Schreiben vom 30. November 2020 vernehmen und schliesst auf Abweisung der Beschwerde unter o/e-Kostenfolge.

J. Der Beschwerdeführer beantragt mit Eingabe vom 25. November 2020 die unentgeltliche Prozessführung für das vorinstanzliche und das vorliegende Verfahren.

K. Mit Verfügung vom 15. Januar 2021 wurde der Fall der Kammer zur Beurteilung überwiesen und dem Beschwerdeführer für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt. Zudem wurde eine Anhörung von D.____ und E.____ angeordnet.

L. Am 28. Januar 2021 wurden D.____ und E.____ vom Vizepräsidenten des Kantonsgerichts im Gerichtsgebäude angehört. Dabei führten beide Kinder aus, dass sie keinen Kontakt zum Vater wollen würden und sich daran nichts ändern werde.

M. Mit E-Mail-Eingabe vom 2. Februar 2021 zeigte Dr. Jascha Schneider-Marfels, Advokat, seine Mandatierung durch den Beschwerdeführer an und verlangte Einsicht in sämtliche Verfahrensakten.

Das Kantonsgericht zieht **i n E r w ä g u n g** :

1. Gemäss Art. 450 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907 in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZGB kann gegen Entscheide der Kindeschutzbehörde Beschwerde beim zuständigen Gericht erhoben werden. Zuständiges Gericht im Sinne dieser Regelung ist nach § 66 Abs. 1 des Gesetzes über die Einführung des Zivilgesetzbuches (EG ZGB) vom 16. November 2006 das Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Das Verfahren richtet sich vorab nach den Art. 450 ff. ZGB. Im Übrigen sind die Bestimmungen des kantonalen Verwaltungsprozessrechts anwendbar (§ 66 Abs. 2 EG

ZGB). Nach Art. 450 Abs. 2 ZGB sind Personen zur Beschwerde befugt, die am Verfahren beteiligt sind (Ziff. 1), die der betroffenen Person nahestehen (Ziff. 2) oder die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids haben (Ziff. 3). Der Beschwerdeführer ist als direkter Verfahrensbeteiligter zur Beschwerdeerhebung legitimiert. Da die Beschwerde zudem form- und fristgerecht eingereicht wurde, ist darauf einzutreten.

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.

3.1 Vorab stellt sich die Frage, ob die direkte postalische Zustellung des Entscheids der Vorinstanz vom 2. Juli 2020 ins Ausland zu dessen Nichtigkeit führt.

3.2 Schwere Verfahrensmängel bewirken die Nichtigkeit eines Entscheids oder einer Verfügung. Dieser Umstand ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden unabhängig von den Parteivorbringen und von Amtes wegen zu beachten (vgl. Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV], vom 20. Mai 2015 [810 14 263] E. 3.4; BGE 129 I 361 E. 2 m.w.H.).

3.3 Die Zustellung eines amtlichen Dokuments im Ausland - wozu auch gerichtliche und aussergerichtliche Verfügungen und Entscheide gehören - stellt gemäss der Rechtsprechung einen staatlichen Hoheitsakt dar, der geeignet ist, die Souveränität bzw. die Gebietshoheit des betroffenen Staates zu verletzen und damit gegen Völkerrecht zu verstossen (vgl. KGE VV vom 20. Mai 2015 [810 14 263] E. 3.5; Urteil des Bundesgerichts 2C_478/2017 vom 9. April 2018 E. 4.1, Bundesamt für Justiz [BJ], Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Wegleitung, 3. Auflage 2003 [Stand Januar 2013], [Wegleitung des BJ], S. 2, abrufbar unter <https://www.rhf.admin.ch>).

3.4 Im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen kommt das Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen (HZUe65) vom 15. November 1965 zur Anwendung. Als "gerichtliches Schriftstück" gilt jedes Dokument, das sich auf ein Streitverfahren, ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder auf eine Zwangsvollstreckung an den Vermögenswerten eines Schuldners bezieht. Die "aussergerichtlichen Schriftstücke" umfassen die Dokumente, die dazu bestimmt sind, ausserhalb eines Gerichtsverfahrens Rechtswirkungen zu entfalten (Wegleitung des BJ, S. 6, Ziff. II.B.). Gerichtliche und aussergerichtliche Schriftstücke sind grundsätzlich durch Vermittlung der von jedem Vertragsstaat zu bestimmenden zentralen Behörde zuzustellen (Art. 2 bis 6 HZUe65). Unter dem Vorbehalt, dass der Bestimmungsstaat keinen Widerspruch erklärt, sieht Art. 10 des genannten Übereinkommens vor, dass gerichtliche Schriftstücke unter anderem auch unmittelbar durch die Post übersandt werden dürfen (lit. a). Wie die Schweiz (in Ziff. 5 ihrer Vorbehalte) hat Deutschland indessen (in Ziff. 4 Abs. 2 seiner Vorbehalte) ausdrücklich erklärt, dass eine Zustellung nach Art. 10 des Übereinkommens nicht stattfindet (BGE 131 III

448 E. 2.2.1). Generell sind somit alle gerichtlichen und aussergerichtlichen Schriftstücke auf dem Rechtshilfeweg zu übermitteln. Zum einen kann über den Rechtshilfeweg die Wahrung der Rechte des Empfängers, insbesondere seines Anspruchs auf rechtliches Gehör, besser gewährleistet werden. Zum anderen stellt die Vornahme derartiger Handlungen auf ausländischem Staatsgebiet ohne Beschreiten des Rechtshilfewegs aus völkerrechtlicher Sicht eine Verletzung der Gebietshoheit dar und begründet damit im Lichte des Völkerrechts einen Eröffnungsmangel (vgl. KGE VV vom 20. Mai 2015 [810 14 263] E. 3.5 ff.).

3.5 Das HZUe65 enthält keine Regelungen zu den Rechtsfolgen einer mangelhaften Zustellung. Das Bundesgericht hielt mit Bezug auf die nicht ordnungsgemässe Postzustellung eines ausländischen verfahrenseinleitenden Schriftstückes an den Beklagten in der Schweiz hingegen fest, dass solche Zustellungen auf dem direkten Postweg an den Empfänger nach Ansicht der schweizerischen Behörden die Souveränität bzw. die territoriale Integrität des Zustellungsstaates verletzen und daher grundsätzlich keinerlei Wirkungen entfalten bzw. nichtig sind. (BGE 135 III 623 E. 2.2 und E. 3.5; Urteil des Bundesgerichts 5A_389/2010 vom 29. Oktober 2010 E. 3.2.2; BGE 105 IA 307 E. 3b; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2016, 2. Auflage, Art. 11b N6; RES NYFFENEGGER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2019, 2. Auflage, Art. 11b N 4 f.).

3.6 Vor diesem Hintergrund kann festgehalten werden, dass die direkte postalische Zustellung einer gerichtlichen bzw. aussergerichtlichen Sendung aus der Schweiz nach Deutschland aufgrund des beiderseitigen Vorbehalts zu Art. 10 lit. a HZUe65 einen Eröffnungsmangel darstellt, der grundsätzlich zur Nichtigkeit dieser Verfahrenshandlung führt.

4.1 Obwohl vorliegend die KESB und damit eine Verwaltungsbehörde handelt, ist eine Zivilsache betroffen, womit sich die Zustellung ihrer Entscheide nach dem erwähnten HZUe65 richtet (vgl. Wegleitung des BJ zu den damaligen Vormundschaftsbehörden, S. 5). Zudem stellt der angefochtene Entscheid eine behördliche Sendung dar, die dazu bestimmt ist, Rechtswirkung zu entfalten und damit ebenfalls in den Anwendungsbereich des HZUe65 fällt (vgl. E. 3.4 hier vor).

4.2 Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich, dass dieser durch die Vorinstanz mit gewöhnlicher (eingeschriebener) Post versandt wurde. Dass der Beschwerdegegner von der Vorinstanz aufgefordert worden wäre, ein Zustelldomizil in der Schweiz zu bezeichnen, ist nicht ersichtlich. Sein Zustelldomizil hat der Beschwerdeführer erst im kantonsgerichtlichen Verfahren angegeben. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen ist von Amtes wegen festzustellen, dass der vorinstanzliche Entscheid vom 2. Juli 2020 direkt postalisch ins Ausland zugestellt wurde und somit mangels rechtsgültiger Eröffnung nichtig ist. Der nichtigen Verfügung geht jede Verbindlichkeit und Rechtsgültigkeit ab (BGE 132 II 342 E. 2.1). Die Beschwerde ist demzufolge gutzuheissen und die Nichtigkeit des Entscheids der Vorinstanz vom 2. Juli 2020 festzustellen. Angesichts der festgestellten Nichtigkeit des vorinstanzlichen Entscheids vom 2. Juli 2020 bestand keine Notwendigkeit, allfällige Stellungnahmen der Parteien zum Protokoll der Anhörung

vom 28. Januar 2021 abzuwarten, weil dieses Dokument bei der Entscheidungsfindung als Beweismittel keine Relevanz hatte und somit unberücksichtigt blieb.

5. Schliesslich ist hervorzuheben, dass die Beschwerde ausschliesslich aufgrund der von Amtes wegen festzustellenden Nichtigkeit des Entscheids der Vorinstanz vom 2. Juli 2020 gutzuheissen ist. Daraus können insbesondere keine Rückschlüsse auf den Ausgang einer materiellen Beurteilung der Beschwerde gezogen werden.

6. Gemäss § 20 Abs. 1 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 ist das Verfahren vor Kantonsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren und die Beweiskosten und werden in der Regel der unterliegenden Partei in angemessenem Ausmass auferlegt (§ 20 Abs. 3 VPO). Dem Verfahrensausgang entsprechend rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'400.-- gesamthaft der Vorinstanz aufzuerlegen. Bei diesem Verfahrensausgang wird das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Verbeiständung und um unentgeltliche Prozessführung im vorinstanzlichen Verfahren sowie um Akteneinsicht gegenstandslos. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zeigte seine Mandatierung erst mit E-Mail-Eingabe vom 2. Februar 2021 an. Aufgrund seiner kurzfristigen Mandatierung kann ihm in der vorliegenden Angelegenheit nur ein sehr geringer Aufwand zugestanden werden. Eine Honorarnote wurde nicht eingereicht und es rechtfertigt sich dem Beschwerdeführer eine pauschale Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 300.-- (inkl. Auslagen und 7.7 % MWSt) zulasten der Vorinstanz zuzusprechen. Die übrigen Parteikosten sind wettzuschlagen (§ 21 Abs. 1 und 2 VPO).

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Nichtigkeit des Entscheids der Vorinstanz vom 2. Juli 2020 festgestellt..
 2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'400.-- gehen zu Lasten der Vorinstanz.
 3. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 300.-- (inkl. Auslagen und 7.7 % MWST) auszurichten. Die übrigen Parteikosten werden wettgeschlagen.

Vizepräsident

Gerichtsschreiberin