



**Entscheid des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und
Verwaltungsrecht**

vom 4. Dezember 2019 (810 19 203)

Kindes- und Erwachsenenenschutzrecht

Aufhebung der Besuchsrechtsbeistandschaft / Entlassung des Beistands

Besetzung Vizepräsident Daniel Ivanov, Kantonsrichter Markus Clausen, Hans Furer, Daniel Häring, Niklaus Ruckstuhl, Gerichtsschreiberin Julia Kempfert

Beteiligte **A.**____, Beschwerdeführer

gegen

Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörde B.____, Vorinstanz

C.____, Beschwerdegegnerin

Betreff Aufhebung der Besuchsrechtsbeistandschaft / Entlassung des Beistandes (Entscheid der Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörde B.____ vom 28. März 2019)

A. Mit Entscheid des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West wurde die Ehe zwischen C.____ und A.____ geschieden. Die elterliche Sorge über die drei gemeinsamen Kinder, D.____ (geboren 2002), E.____ (geboren 2004) und F.____ (geboren 2004) wurde der Mutter

zugeteilt. Der Vater wurde berechtigt und verpflichtet, mit den Kindern einmal wöchentlich zu telefonieren oder zu skypen. Zur Durchführung und Überwachung des Kontaktrechts sowie zur Erweiterung im Sinne eines Besuchsrechts des Vaters mit den Kindern, wurde eine Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B._____ (KESB) beauftragt, einen Beistand zu ernennen.

B. Mit Entscheid der KESB vom 5. November 2015 wurde G._____, Soziale Dienste, als Beistand für die drei Kinder ernannt. Mit Schreiben vom 7. Dezember 2017 reichte der Beistand seinen Bericht über die persönlichen Verhältnisse ein. Darin wird festgehalten, dass der Kindsvater per Ende 2011 die Schweiz verlassen habe und in sein Heimatland Japan zurückgekehrt sei. Die drei Kinder hätten ihren Vater seither nicht mehr gesehen. Der Rückkehr nach Japan sei ein langjähriger Beziehungskonflikt zwischen den Eltern vorausgegangen. Die Kinder würden ihren Vater vermissen, jedoch sei auch eine gewisse Ambivalenz und Entfremdung zum Vater festgestellt worden. Mit allen Beteiligten habe der Beistand vereinbaren können, dass sich der Vater und die Kinder gegenseitig Briefe und E-Mails schreiben würden, an speziellen Tagen wie Geburtstag oder Weihnachten könne der Kindsvater auch ein Paket schicken. Während des Jahres 2017 habe der Beistand weder Kontakt zum Kindsvater noch zur Kindsmutter herstellen können, weshalb er den Antrag auf Aufhebung der Beistandschaft stelle.

C. Zum Antrag auf Aufhebung der Beistandschaft wurde die Kindsmutter persönlich am 17. Dezember 2018 von der KESB angehört und sie erklärte sich mit der Aufhebung einverstanden. Der Rechtsvertreter des Kindsvaters wurde am 9. Januar 2019 telefonisch angehört und dieser hielt fest, dass seit fünf Jahren kein direkter Kontakt mehr zwischen dem Kindsvater und seinen Kindern bestehe. Der Kindsvater sei schwer depressiv und würde einen weiteren Versuch, den Kontakt zu seinen Kindern herzustellen, begrüssen.

D. Die KESB hob mit Entscheid vom 28. März 2019 die Besuchsrechtsbeistandschaft für D._____, E._____ und F._____ auf (Ziffer 1). Der Schlussbericht des Beistands wurde genehmigt (Ziffer 2), auf die Zusprechung einer Mandatsträgerentschädigung wurde verzichtet (Ziffer 3) und der Beistand wurde unter Verweis auf die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit mit bestem Dank aus seinem Amt als Beistand entlassen (Ziffer 4). Zur Begründung wurde im Wesentlichen auf den Antrag des Beistands verwiesen und festgehalten, dass seit fünf Jahren kein direkter Kontakt mehr zwischen den Kindern und dem Kindsvater bestehe. Ein weiterer Versuch, den Kontakt aufzubauen, sei aufgrund der ablehnenden Haltung der Kindsmutter kaum erfolgreich.

E. Gegen den Entscheid der KESB erhob A._____ mit Eingabe vom 30. Juli 2019 Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Er beantragt, es sei Ziffer 1 des Entscheids aufzuheben und die Besuchsrechtsbeistandschaft für die drei Kinder aufrechtzuerhalten. Es seien Ziffer 2 und 4 des Entscheids aufzuheben und es sei der Schlussbericht des Beistands ordnungsgemäss nach sachgerechter Korrektur und vervollständigt einzureichen. Unter o/e-Kostenfolge, wobei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen sei. Zur Begründung wird im Wesentlichen angeführt, dass aus den Akten nicht hervorgehe, ob die Kinder selber keinen Kontakt zum Vater wollen würden. Die Kinder

seien zu dieser Frage nicht zu Wort gekommen und es sei nur die Aussage der Kindsmutter dokumentiert. Die Kinder seien einzeln zu dieser Frage anzuhören. Zudem habe der Beschwerdeführer letztmals im Januar 2013 direkten Kontakt zu seinen Kindern gehabt und nicht wie im Entscheid erwähnt Ende 2011. Dem Beschwerdeführer sei nie mitgeteilt worden, dass er und die Kinder direkt via E-Mail kommunizieren dürften, er habe erst im Juli 2019 davon erfahren. Andernfalls hätte er sofort angefangen, mit seinen Kindern mittels E-Mails Kontakt aufzunehmen.

F. Mit Schreiben vom 5. September 2019 liess sich die Beschwerdegegnerin vernehmen und beantragt, es sei der Kontakt zwischen dem Beschwerdeführer und den drei Kindern auszusetzen, weil diese keinen Kontakt zum Vater wollen würden und der Beschwerdeführer nicht fähig sei, das Kontaktrecht mit den Kindern angemessen auszuüben, ohne die Kinder psychisch zu schädigen, da er angebe, offiziell psychisch behindert zu sein. Es seien die Ziffern 1, 2 und 4 des Entscheids nicht aufzuheben und der Beschwerdeführer sei zu verpflichten, sämtliche Verfahrenskosten im Zusammenhang mit dem Kontaktrecht zu übernehmen und alle Kosten betreffend die Kontakte mit seinen Kindern selber zu tragen sowie die gesamten Kosten, die der KESB und dem Sozialamt in Bezug auf das Kontaktrecht entstehen, selber zu tragen. Die Beschwerdegegnerin und die drei Kinder seien gegen einen Kontakt mit dem Beschwerdeführer und nicht in der Lage, die damit zusammenhängenden Kosten zu tragen. Das Kontaktrecht liege allein im Interesse des Beschwerdeführers. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt die Beschwerdegegnerin, es seien die Verfahrensakten des Eheschutzverfahrens, des Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen, des Verfahrens über die Schuldneranweisung sowie des Scheidungsverfahrens beizuziehen. Zudem sei die Berufungsantwort des Beschwerdeführers vom 23. Oktober 2015 mit den jüngsten medizinischen Gutachten und der Bestätigung der Invalidität zu den Akten zu nehmen.

G. Die KESB liess sich mit Schreiben vom 9. September 2019 vernehmen und schliesst auf Abweisung der Beschwerde, unter o/e-Kostenfolge. Im Wesentlichen wird festgehalten, dass die drei Kinder aktuell in keiner Weise daran interessiert seien, den Kontakt zum Vater zu pflegen. Da die Kinder 17 und 15 Jahre alt seien, könne ein Kontaktrecht ohnehin nicht gegen ihren Willen durchgesetzt werden.

H. Mit Verfügung vom 10. Oktober 2019 wurde der Fall der Kammer zur Beurteilung überwiesen und darauf hingewiesen, dass das Urteil schriftlich eröffnet werde. Die Beweisanträge der Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Akten aus dem Zivilverfahren wurden abgewiesen und dem Beschwerdeführer wurde die unentgeltliche Prozessführung bewilligt.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1.1 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 Kinderschutzbehörde Beschwerde beim zuständigen Gericht erhoben werden. Zuständiges Gericht im Sinne dieser Regelung ist nach § 66 Abs. 1 des Gesetzes über die Einführung des Zivilgesetz-

buches (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).

1.2 Vorliegend hat die KESB ihren Entscheid vom 28. März 2019 H.____, Advokat in Basel, per A-Post Plus schriftlich eröffnet. Nachdem sich herausgestellt hatte, dass H.____ den Beschwerdeführer nicht mehr vertritt, stellte die KESB den Entscheid dem in Japan lebenden Beschwerdeführer direkt mit IncaMail vom 19. Juli 2019 verschlüsselt zu. Seine Beschwerde gegen den Entscheid vom 28. März 2019 übergab der Beschwerdeführer unter Angabe eines Zustellungsdomizils in der Schweiz am 2. August 2019 der schweizerischen Botschaft in Tokyo. Gestützt auf diese unbestrittenen Begebenheiten ist davon auszugehen, dass die dreissigtägige Frist gemäss Art. 450b Abs. 1 ZGB vorliegend eingehalten wurde. Daraus ergibt sich zudem, dass der Beschwerdeführer den Entscheid der KESB vom 28. März 2019 rechtsgenügend anfechten konnte und ihm durch die Entscheideröffnung mittels IncaMail kein Rechtsnachteil erwachsen ist, was er auch in keiner Weise behauptet. Aus diesem Grund und angesichts der nachfolgenden Erwägungen kann offengelassen werden, ob die Zustellung des Entscheids vom 28. März 2019 mittels IncaMail einen formellen Mangel darstellt.

1.3 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. Strittig und zu prüfen ist, ob die KESB die Besuchsrechtsbeistandschaft für D.____, E.____ und F.____ zu Recht aufgehoben hat.

4.1 Vorab rügt der Beschwerdeführer in formeller Hinsicht, dass seine drei Kinder zur Aufhebung der Beistandschaft nicht sachgerecht angehört worden seien und so ihr wahrer Wille nicht habe festgestellt werden können. Es seien die Kinder einzeln ohne Anwesenheit der Beschwerdegegnerin und der Geschwister anzuhören, um ihren tatsächlichen Willen in Bezug auf das Kontaktrecht zum Beschwerdeführer herauszufinden.

4.2 Art. 273 Abs. 1 ZGB statuiert den Anspruch des Elternteils, welchem die elterliche Sorge oder die Obhut nicht zusteht, mit dem Kind einen angemessenen persönlichen Verkehr zu haben. Der Begriff «persönlicher Verkehr» meint jegliche Art von Kontakt und Kommunikation, welche derjenige Elternteil, der mit dem Kind nicht in häuslicher Gemeinschaft lebt, mit jenem

pflegt (INGEBORG SCHWENZER/MICHELLE COTTIER, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 6. Auflage, Basel 2018, N 2 und N 4 zu Art. 273 ZGB). Für die Regelung des Besuchsrechts ist der Wille des Kindes massgebend, zu dessen Ermittlung das Kind anzuhören ist. Der Kindeswille ist sowohl bei der Ausgestaltung des Besuchsrechts im Einzelnen als auch für die Frage, ob überhaupt Besuche stattfinden sollen, zu berücksichtigen (vgl. SCHWENZER/COTTIER, a.a.O., N 11 zu Art. 273 ZGB). Eine Anhörungspflicht besteht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich ab dem sechsten Altersjahr (BGE 133 III 553 E. 1.2.3; Urteil des Bundesgerichts 5A_2/2016 vom 28. April 2016 E. 2.3). Das Kind wird durch die Kindesschutzbehörde oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegensprechen (Art. 314a Abs. 1 ZGB). Damit soll erreicht werden, dass sich die Entscheidträgerinnen und Entscheidträger einen unmittelbaren persönlichen Eindruck vom Kind verschaffen können (JONAS SCHWEIGHAUSER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 16 f. zu Art. 298 ZPO). Die Anhörung des Kindes ist zum einen Ausfluss seiner Persönlichkeit und dient zum anderen der Sachverhaltsfeststellung. Während bei älteren Kindern der persönlichkeitsrechtliche Aspekt im Vordergrund steht und das Kind ein eigenes Mitwirkungsrecht hat, ist die Anhörung bei kleineren Kindern im Sinne eines Beweismittels zu verlangen (vgl. BGE 131 III 553 E. 1.1). Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gebietet es hingegen, dass die Parteien im Anschluss an die Kindesanhörung über die wesentlichen Erkenntnisse informiert werden, damit sie vor einer Entscheidung Stellung nehmen können (SCHWEIGHAUSER, a.a.O., N 34 f. zu Art. 298 ZPO).

4.3 Obschon der KESB bei der Regelung des Kontaktrechts ein Ermessensspielraum zukommt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_450/2015 vom 11. März 2016 E. 3.3), stellt das Kindeswohl die oberste Richtschnur bei seiner Ausgestaltung dar (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_404/2015 vom 27. Juni 2016 E. 5.2.2). Bei der Durchsetzung des Besuchsrechts ist der Kindeswille zudem stärker zu gewichten als bei dessen Festsetzung (vgl. ANDREA BÜCHLER/BENJAMIN V. ENZ, Der persönliche Verkehr, FamPra 2018, S. 924). Vorliegend stützt die KESB ihren Entscheid massgeblich auf den mutmasslichen Willen der drei Kinder des Beschwerdeführers ab. So wird im streitgegenständlichen Entscheid festgehalten, dass ein Besuchsrecht nicht habe aufgegleist werden können und ein weiterer Versuch aufgrund der ablehnenden Haltung der Beschwerdegegnerin und der Kinder wohl kaum erfolgreich wäre. In der Vernehmlassung vom 9. September 2019 wird zudem ausgeführt, dass die drei Kinder nach Wissen der KESB derzeit in keiner Weise daran interessiert seien, den Kontakt zum Vater aktuell zu pflegen. Weiter seien die Kinder mittlerweile 17 und 15 Jahre alt, weshalb ein Kontaktrecht zum Vater auch nicht gegen ihren Willen durchgesetzt werden könne. Die vorstehenden Annahmen der KESB in Bezug auf den Standpunkt der Kinder mögen durchaus zutreffen, wesentlich ist hingegen, dass gerade der Kindeswille, auf welchen sich die KESB ausdrücklich bezieht, von dieser nicht direkt im Rahmen einer Kindesanhörung festgestellt wurde. D.____, E.____ und F.____ waren im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids 16 bzw. 14 Jahre alt und damit in einem Alter, in dem sie zu autonomer Willensbildung fähig waren und ihr Wille dem Grundsatz nach zu berücksichtigen ist (vgl. E. 4.2 hiavor und Urteil des Bundesgerichts 5A_367/2015 vom 12. August 2015 E. 5.2). Den Akten lässt sich nicht entnehmen, dass die drei

Kinder nach der Errichtung der Beistandschaft von der KESB oder geeigneten Drittpersonen zur Ausgestaltung des Besuchsrechts schriftlich oder mündlich angehört wurden. Demzufolge wurde nicht geprüft, ob die Kinder selber den Kontakt zum Vater wieder herstellen wollen und es für den Kontaktaufbau Unterstützung durch einen Beistand benötigt oder nicht. Diese Frage ist vorliegend entscheidungswesentlich und ohne eine persönliche Anhörung der Kinder nicht eindeutig zu beantworten. F._____ wurde im Rahmen eines anderen Kindesschutzverfahrens am 8. Oktober 2018 durch die KESB angehört, wobei er am Rande erwähnt habe, dass er zurzeit keinen Kontakt zu seinem Vater habe, diesen aber schon besuchen wolle, vorerst jedoch nicht, erst später (vgl. Protokoll der Anhörung vom 8. Oktober 2018). Bei besagter Anhörung ist es nicht um die beabsichtigte Aufhebung der Besuchsrechtsbeistandschaft gegangen, sondern allein um die damalige Situation von F._____. Aus diesem Grund kann seine dortige Aussage auch nicht eins zu eins auf die vorliegend strittige Frage bezogen werden, zumal sie in einem anderen Zusammenhang gemacht wurde. Von der Beschwerdegegnerin wurde als Vernehmlassungsbeilage zwar ein Schreiben vom 17. August 2019 eingereicht, welches von den drei Kindern unterzeichnet ist und festhält, dass diese überhaupt keinen Kontakt zum Beschwerdeführer wünschen würden. Aus den Akten und den Eingaben der Beschwerdegegnerin geht jedoch klar hervor, dass diese gegen ein Kontaktrecht zwischen den Kindern und dem Beschwerdeführer ist und ein solches vehement zu verhindern versucht. Allein aus der Sichtweise und den Eingaben der Beschwerdegegnerin darf somit nicht ohne weiteres auf die Meinung der Kinder geschlossen werden. In diesem Zusammenhang hält der Beistand in seinem Bericht vom 3. September 2019 fest, dass er nicht beurteilen könne, inwiefern die Aussagen der Kinder von der Beschwerdegegnerin gesteuert würden, ein persönliches Gespräch habe aufgrund der erschwerten Bedingungen nicht stattfinden können. Dem Bericht des Beistands vom 7. Dezember 2017 lässt sich zumindest entnehmen, dass trotz einer bestehenden Ambivalenz betreffend den Skypekontakt zum Vater, die Kinder diesen vermissen würden und es ihnen wichtig sei, dass er wisse, dass es ihnen gut gehe.

4.4 Der Wille der Kinder in Bezug auf die Ausgestaltung des Besuchsrechts bzw. dessen Durchsetzung lässt sich aufgrund der vorliegenden Akten nicht klar feststellen. Dessen ungeachtet ist die KESB davon ausgegangen, dass die Kinder keinen Kontakt zum Vater wünschen würden, und hat in ihrer Entscheidung massgeblich auf diese Annahme abgestellt. Mit Blick auf das Alter der Kinder und die persönlichkeitsrechtliche Komponente einer Anhörung muss eine solche nachgeholt werden, um die Ansichten der drei Kinder unmittelbar zu erfahren. Die KESB hat die Anhörung von D._____, E._____ und F._____ nachzuholen und gestützt auf die Aussagen der Kinder neu über die Aufhebung der Besuchsrechtsbeistandschaft zu entscheiden. Ist die KESB nach Anhörung der Kinder nach wie vor der Überzeugung, dass die Kinder in keiner Weise an einem Kontakt zu ihrem Vater interessiert sind, ist ihr dabei zuzustimmen, dass eine zwangsweise Durchsetzung des festgesetzten Besuchsrechts insbesondere angesichts des Alters der Kinder, der räumlichen Distanz und der langen Zeit des Kontaktabbruchs fragwürdig wäre (vgl. GISELA KILDE, Der persönliche Verkehr: Eltern - Kind - Dritte, Zivilrechtliche und interdisziplinäre Lösungsansätze, Zürich 2015, N 524; BÜCHLER/V. ENZ, a.a.O., S. 924).

5. Zusammenfassend ist erstellt, dass die KESB keine Anhörung der drei Kinder des Beschwerdeführers durchgeführt hat, obschon eine solche im vorliegenden Fall nötig gewesen

wäre. Die KESB hat dies nachzuholen und anschliessend neu zu entscheiden. Demzufolge wird die Angelegenheit in Gutheissung der Beschwerde zur Neubeurteilung im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die KESB zurückgewiesen. Bei diesem Verfahrensausgang ist auf die weiteren Vorbringen sowohl des Beschwerdeführers als auch der Beschwerdegegnerin nicht weiter einzugehen.

6. 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 der unterliegenden Partei in angemessenem Ausmass auferlegt (§ 20 Abs. 3 VPO). Beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'400.-- vollständig der KESB aufzuerlegen. Die Parteikosten sind gemäss § 21 Abs. 1 VPO wettzuschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B.____ vom 28. März 2019 aufgehoben. Die Angelegenheit wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B.____ zurückgewiesen.
 2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'400.-- werden der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B.____ auferlegt.
 3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

Vizepräsident

Gerichtsschreiberin