



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

vom 7. Juni 2023 (810 23 54)

Kindes- und Erwachsenenenschutzrecht

Regelung des Besuchs- und Ferienrechts / Errichtung einer Beistandschaft

Besetzung	Vorsitzender Niklaus Ruckstuhl, Kantonsrichterin Ana Dettwiler, Kantonsrichter Markus Clausen, Hans Furer, Daniel Noll, Gerichtsschreiberin Nathalie Drieser
-----------	--

Beteiligte	A. ____, Beschwerdeführer, vertreten durch Simon Berger, Advokat
------------	---

gegen

Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörde B.____, Vorinstanz

C.____, Beschwerdegegnerin

Betreff	Regelung des Besuchs- und Ferienrechts / Errichtung einer Beistandschaft (Entscheid der Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörde B.____ vom 16. Februar 2023)
---------	---

A. D.____ (geboren 2012) und E.____ (geboren 2016) sind die Kinder der unverheirateten Eltern C.____ und A.____. Die Kindseltern trennten sich Ende Mai 2022. Die Sorge über die Kinder üben die Kindseltern gemeinsam aus, die Obhut steht der Kindsmutter zu.

B. Mit Schreiben vom 4. Juli 2022 beantragte der Kindsvater bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) B.____ die Regelung des Besuchsrechts. Am 23. August 2022 wurde anlässlich des Gesprächs bei der KESB B.____ eine vorläufige Besuchs- und Ferienregelung ausgearbeitet. Diese sah vor, dass der Beschwerdeführer die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitagnachmittag bis Sonntagabend sowie je an einem Nachmittag unter der Woche zu sich zu Besuch nahm. Da sich die eigenständige Umsetzung dieser Regelung durch die Kindseltern jedoch als schwierig erwies, hielt die KESB B.____ mit E-Mail vom 1. September 2022 diese schriftlich fest.

C. Aufgrund der weiter bestehenden Kommunikationsschwierigkeiten zwischen den Kindseltern wurden diese mit Entscheid der KESB B.____ vom 19. September 2022 angewiesen, eine kinderorientierte Mediation in Anspruch zu nehmen.

D. Am 25. November 2022 teilte der Mediator der KESB B.____ mit, dass die Kindsmutter nicht mehr in der Lage sei, weiter an der Mediation teilzunehmen. Für das weitere Vorgehen wurden zwei Varianten empfohlen: die Mediation zu beenden, das Besuchsrecht gemäss der Vereinbarung mit der KESB B.____ vom 23. August 2022 festzulegen und eine Beistandschaft zu errichten, oder an der Mediation festzuhalten und mit der Kindsmutter ein normatives Gespräch zu führen.

E. Der Kindsvater beantragte mit Schreiben vom 5. Dezember 2022 die Errichtung einer Beistandschaft und die Regelung des Besuchsrechts. Er könne nicht akzeptieren, dass ihm die Kinder immer mehr entfremdet würden.

F. Nach Anhörung der beiden Kinder am 21. Dezember 2022 sowie der Gewährung des rechtlichen Gehörs der Kindseltern am 12. Januar 2023 erliess die KESB B.____ am 16. Februar 2023 folgenden Entscheid:

1. Das Besuchs- und Ferienrecht wird für D.____ und E.____ wie folgt geregelt:
 - Der Kindsvater erhält das Recht und die Pflicht, seine Kinder D.____ und E.____ jedes zweite Wochenende von Freitagnachmittag nach der Schule bis Montagmorgen zu sich auf Besuch zu nehmen. Der Kindsvater holt die Kinder am Freitagnachmittag von der Schule ab und bringt sie am Montagmorgen zur Schule.
 - Der Kindsvater erhält das Recht und die Pflicht, seinen Sohn D.____ jeden Dienstagnachmittag nach der Schule bis ca. 19:45 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen. Der Kindsvater holt D.____ von der Schule ab und bringt ihn nach dem Training wieder nach Hause (ohne Nachtessen). Wenn kein Training stattfindet, bringt der Kindsvater D.____ um 19:45 Uhr nach Hause (inkl. Nachtessen).
 - Der Kindsvater erhält das Recht und die Pflicht, seine Tochter E.____ jeden Mittwoch von 16:00 Uhr bis ca. 19:15/19:30 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen. Wenn der Kindsvater bis

14:00 Uhr von der Kindsmutter nichts hört, kann er E.____ um 16:00 Uhr zu Hause abholen. Ansonsten würde die Kindsmutter dem Kindsvater mitteilen, wo er E.____ abholen soll. Der Kindsvater bringt E.____ nach Hause (inkl. Nachtessen).

- Der Kindsvater erhält das Recht und die Pflicht, vier bis sechs Wochen Ferien pro Jahr mit seinen Kindern D.____ und E.____ zu verbringen.
2. Für D.____ und E.____ wird eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet.
 3. Als Mandatsperson wird F.____ ernannt und beauftragt:
 - Die Kindseltern in ihrer Sorge um ihre Kinder D.____ und E.____ mit Rat und Tat zu unterstützen und zu beraten,
 - das Besuchsrecht zu koordinieren und zu überwachen,
 - mit den Kindseltern zusammen den Zeitpunkt und die Aufteilung der Ferien festzulegen,
 - mit den Kindseltern zusammen die Feiertage festzulegen und bei Uneinigkeiten über die Feiertage alternierend zu entscheiden,
 - bei allfälligen Streitigkeiten betreffend Besuchs- und Ferienrecht zu entscheiden,
 - Ansprechperson für die Kindseltern, D.____ und E.____ sowie Fachpersonen zu sein,
 - der KESB B.____ so oft als notwendig, spätestens per 28. Februar 2025, ordentlich Bericht zu erstatten.
 - [...]
 6. Gestützt auf Art. 450c ZGB wird einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen.
 - [...]

G. Dagegen erhob der Kindsvater A.____ (nachfolgend Beschwerdeführer genannt) mit Schreiben vom 11. März 2023 Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), und beantragte die Erstellung eines neuen Betreuungsplans, in welchem er am allgemeinen Schulalltag sowie an der Freizeitgestaltung seiner beiden Kinder aktiv teilnehmen könne, um ihre Entwicklung positiv mitgestalten zu können. Auch sei die Möglichkeit einer alternierenden Obhut zu prüfen. Bis zur Erstellung dieses Plans sei folgende Besuchsregelung anzuwenden: Der Kindsvater holt seine beiden Kinder jedes zweite Wochenende am Freitag von der Schule ab, verbringt das Wochenende mit ihnen und begleitet sie am Montagmorgen zur Schule. Der Kindsvater holt seinen Sohn D.____ jeden Dienstag (zurzeit 16:15 Uhr) von der Schule ab, bringt ihn zum Training (17:45-19:45 Uhr) und begleitet ihn Mittwochmorgen zur Schule (inklusive Übernachtung). Der Kindsvater holt seine Tochter E.____ jeden Mittwoch um 16:00 Uhr von Zuhause ab (oder die Kindsmutter teilt ihm bis 14:00 Uhr mit, wo die Tochter abzuholen ist) und begleitet sie am Donnerstagmorgen zur Schule (inklusive Übernachtung). Die Osterferien und Feiertage sind gemeinsam mit der Beistandsperson zu koordinieren. Zur Begründung machte der Kindsvater geltend, der Entscheid der KESB B.____ sei weder korrekt noch vollständig. Seine Bereitschaft und seinen Einsatz an guten Lösungen und Kompromissen sowie seine ständige Gesprächsbereitschaft seien nicht erwähnt worden. Auch werde die Blockadehaltung und Verzögerungstaktik der Kindsmutter sowie die Beeinflussung der Kinder toleriert und nicht bewertet. Seine Wünsche, Vorstellungen und vorgeschlagenen Betreuungsmöglichkeiten seien nicht berücksichtigt worden. Der unter hohem Druck von der KESB B.____ anlässlich der Anhörung vom 23. August 2022 erstellte Betreuungsplan sei ohne sein Wissen und seiner Zustimmung im Entscheid übernommen worden.

Zudem sei die Befragung der beiden Kinder nicht notwendig gewesen, und die Kinderpsychologin sei von der KESB B.____ nie kontaktiert worden. Vor der Trennung habe er die Betreuung der beiden Kinder zu 40% übernommen, während der Pandemie mehrfach zu 100%.

H. Mit Vernehmlassungen vom 5. und 19. April 2023 schlossen die Kindsmutter sowie die KESB B.____ auf Abweisung der Beschwerde, unter o/e-Kostenfolge.

I. Rechtsanwalt Simon Berger teilte am 27. April 2023 dem Kantonsgericht mit, dass ihn der Beschwerdeführer mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt habe.

J. Mit Verfügung vom 25. Mai 2023 wurde der Fall der Kammer zur Beurteilung überwiesen und mitgeteilt, dass das Urteil schriftlich eröffnet wird. Dem Beschwerdeführer wurde die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung hingegen abgewiesen.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1.1 Gemäss Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) vom 10. Dezember 1907 i.V.m. § 66 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über die Einführung des Zivilgesetzbuchs (EG ZGB) vom 16. November 2006 kann gegen Entscheide der KESB Beschwerde beim Kantonsgericht erhoben werden. Das Verfahren richtet sich nach den Art. 450 ff. ZGB. Im Übrigen sind die Bestimmungen des kantonalen Verwaltungsprozessrechts anwendbar (vgl. § 66 Abs. 2 EG ZGB). Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden (vgl. Art. 450b Abs. 1 und Art. 450 Abs. 3 ZGB). Der Beschwerdeführer ist als Kindsvater durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Auf die Beschwerde ist somit grundsätzlich einzutreten.

1.2 Soweit der Beschwerdeführer beantragt, die Oster- und Feiertage sollen mit der Beiständin koordiniert werden, wurde diesem Anliegen mit Ziff. 3 lit. d des Entscheids der KESB B.____ vom 16. Februar 2023 bereits entsprochen, so dass auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht eingetreten werden kann.

1.3.1 Des Weiteren begehrt der Beschwerdeführer, es sei die Möglichkeit einer alternierenden Obhut zu prüfen. Vorliegend ist der Entscheid der KESB B.____ vom 16. Februar 2023 angefochten und bildet damit das Beschwerdeobjekt. Streitgegenstand kann somit nur sein, was bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder allenfalls hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat und über welche sie nicht entscheiden musste, darf die obere Instanz – abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen – nicht beurteilen, da sie sonst in die funktionelle Zuständigkeit der Vorinstanz eingreifen würde. Ein Antrag, der über das hinausgeht, was von der Vorinstanz entschieden wurde, oder der mit dem Gegenstand der angefochtenen Verfügung nichts zu tun hat, ist ungültig (vgl. Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE

VV], vom 27. April 2022 [810 21 297] E. 1.2.1 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch § 6 Abs. 1 VPO).

1.3.2 Gegenstand des angefochtenen Entscheids ist die Regelung des Besuchs- und Ferienrechts sowie die Errichtung einer Beistandschaft. Die alternierende Obhut hingegen war nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens und hätte es auch nicht sein müssen. Der Beschwerdeführer hat im Verfahren vor der KESB B.____ nie ausdrücklich ein solches Begehren gestellt. Die alternierende Obhut wurde lediglich am Rande thematisiert (siehe Telefonnotiz der KESB B.____ vom 5. Mai 2022; Schreiben Beschwerdeführer vom 19. August 2022 im Vorfeld der Besprechung vom 23. August 2022, an welcher jedoch die alternierende Obhut nicht thematisiert wurde). Damit darf das Kantonsgericht über eine mögliche alternierende Obhut nicht urteilen, da sie sonst in die funktionelle Zuständigkeit der KESB B.____ eingreifen würde. Das Kantonsgericht tritt folglich auf dieses Begehren ebenfalls nicht ein.

1.3.3 Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass es dem Beschwerdeführer freisteht, einen Antrag auf alternierende Obhut bei der KESB B.____ einzureichen, wobei jedoch auf die Vernehmlassung der Vorinstanz verwiesen wird, in welcher summarisch die Voraussetzungen sowie die Erfolgsaussichten dafür zum jetzigen Zeitpunkt aufgezeigt wurden.

2. Nach 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. Angefochten und zu beurteilen ist vorliegend einzig das Besuchsrecht. Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht, wobei es in erster Linie dem Interesse des Kindes dient und oberste Richtschnur für seine Ausgestaltung das Kindeswohl ist, welches anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist. Allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen. Bei der Festsetzung des Besuchsrechts geht es somit nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln (vgl. zum Ganzen INGEBORG SCHWENZER/MICHELLE COTTIER in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basel 2022, N 3 f. und 10 f. zu Art. 273 ZGB).

Auf den Willen des Kindes ist entsprechend seiner Reife Rücksicht zu nehmen. Das Kind ist zwecks Eruierung seines Willens in geeigneter Weise anzuhören. Gemäss Bundesgericht ist die Kindesanhörung grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Altersjahr geboten (vgl. CLAUDIA M. MORDASINI in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], Orell Füssli Kommentar, Zürich 2021, N 7 zu Art. 273 ZGB mit weiteren Hinweisen). Bei Uneinigkeit betreffend Umfang und Modalitäten des Besuchsrechts liegt es in der Kompetenz der KESB, diese Punkte autoritativ festzulegen, wobei ihr ein grosser Ermessensspielraum zukommt (vgl. Art. 275 ZGB).

3.1 Die Beziehung der Kindseltern ist vorliegend im höchsten Grad konfliktbelastet. Den Akten kann entnommen werden, dass zwischen den Kindseltern eine angemessene Kommunikation nicht möglich ist. Der Kontakt zwischen den Eltern ist von Schuldzuweisungen und persönlichen Angriffen, insbesondere seitens des Beschwerdeführers, geprägt. Die Kindseltern nahmen mit der KESB B.____ beinahe täglich, und teilweise auch mehrmals am Tag, per E-Mail und telefonisch Kontakt auf und waren nicht fähig, auch einfachste Fragen, wie z.B. diejenige der Bekleidung der Kinder während der Besuche beim Beschwerdeführer, das Bringen und Abholen der Kinder zur Anhörung durch die KESB B.____ usw. zu diskutieren und zu regeln. Trotz angeordneter Mediation sowie eine durch die KESB B.____ am 23. August 2022 vorläufig ausgearbeitete Besuchsrechtsregelung ist es den Kindseltern bis anhin nicht gelungen, gemeinsam eine langfristige Besuchsrechtsregelung zu erarbeiten. Vielmehr zeigte es sich, dass sie beide auf ihre Beziehung, persönliche Kränkung, finanzielle Belange usw. fixiert waren, ohne sich auf die Kinderbelange konzentrieren zu können. Dem Beschwerdeführer kann nicht gefolgt werden, wenn er ausführt, er sei kompromissbereit und lösungsorientiert gewesen, während die Kindsmutter Blockade und Verzögerung betrieben habe. Vielmehr haben sowohl der Beschwerdeführer als auch die Kindsmutter ihren Anteil am bisherigen Misserfolg der Mediation. Den Kindseltern muss klar werden, dass die Mediation kinderorientiert ist und es dort darum geht, die eigenen Befindlichkeiten im Interesse und zum Wohl der Kinder hintenanzustellen. Für einen Loyalitätskonflikt des Kindes sind in erster Linie die Eltern verantwortlich, was ihnen häufig nicht bewusst ist. Dass die KESB B.____ bei dieser Ausgangslage das Besuchsrecht des Beschwerdeführers autoritativ festgelegt ist demnach nicht zu beanstanden.

3.2 Zwischen dem Beschwerdeführer und seinen beiden Kindern besteht eine Vertrauensbasis und die Besuchskontakte finden bereits regelmässig statt. Die KESB B.____ hörte am 21. Dezember 2022 die beiden Kinder D.____ und E.____ an. Dem Anhörungsprotokoll kann entnommen werden, dass die Befragung altersgerecht, behutsam und ergebnisoffen erfolgte. Dabei brachten die Kinder deutlich zum Ausdruck, die am 23. August 2022 ausgearbeitete vorläufige Besuchsrechtsregelung beibehalten und keine weitere Übernachtung unter der Woche beim Kindsvater zu wollen. Auf die Option, allenfalls am Wochenende eine weitere Nacht beim Kindsvater zu schlafen, sagte D.____ aus, dass man dies ausprobieren könnte. Unzutreffend ist die Aussage des Beschwerdeführers, dass die KESB B.____ nie mit der Kinderpsychologin Kontakt gehabt habe (vgl. Aktennotiz der KESB B.____ vom 12. Januar 2023). Diese teilte auf telefonische Nachfrage hin unter anderem mit, dass die beiden Kinder nur zweimal bei ihr in der Sprechstunde gewesen seien. Es bestehe keine akute Kindswohlgefährdung, aber der Konflikt zwischen den Kindseltern sei für die Kinder belastend. Sollte sich dies künftig nicht bessern, könne man von einer latenten Kindswohlgefährdung ausgehen. Die KESB B.____ hat sich bei der Gestaltung respektive Festlegung des Besuchsrechts an den Willen der beiden Kinder und dem Kindswohl orientiert. Durch die aktuelle Regelung des Besuchsrechts sieht der Beschwerdeführer seine Kinder regelmässig und kann sie im Schulalltag sowie in der Freizeit unterstützen. Auch wurde – entgegen der Meinung des Beschwerdeführers – seine Wünsche, Vorstellungen und vorgeschlagenen Betreuungsmöglichkeiten, soweit mit dem Kindeswohl vereinbar, berücksichtigt. So wurde dem Wunsch des Beschwerdeführers, bis auf je eine zusätzliche Übernachtung der Kinder unter der Woche, Rechnung getragen. Soweit er geltend macht, das

Besuchsrecht müsse um je eine zusätzliche Übernachtung unter der Woche erweitert werden, kann ihm nicht gefolgt werden. Die Kinder haben, wie bereits aufgezeigt, anlässlich der Anhörung vom 21. Dezember 2022 durch die KESB B.____ klar zum Ausdruck gebracht, keine Übernachtung während der Woche beim Kindsvater zu wünschen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich die KESB B.____ über den Wunsch der Kinder hätte hinwegsetzen müssen, zumal dem Recht des Beschwerdeführers auf angemessenen Kontakt mit je einem zusätzlichen Nachmittag pro Woche – nota bene über das praxisgemässe Besuchsrecht jedes zweite Wochenende hinaus (vgl. SCHWENZER/COTTIER, a.a.O., N 15 zu Art. 273 ZGB) – auch ohne Übernachtung mehr als genügend Rechnung getragen wird. Dem Wunsch der Kindsmutter, von einem zusätzlichen Nachmittag pro Woche je Kind abzusehen, wurde keine Rechnung getragen. Dies ist, mit Blick auf das noch junge Alter der Kinder, in welchem kürzere Kontakte in kürzeren Abständen angebracht sind (vgl. SCHWENZER/COTTIER, a.a.O., N 14 zu Art. 273 ZGB) sowie auf den Wunsch der Kinder, die bisherige Regelung beizubehalten, ohne weiteres nachvollziehbar. Der Beschwerdeführer erkennt, dass es bei der Festsetzung des Besuchsrechts nicht darum geht, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln (vgl. Erwägung 3).

3.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die durch die KESB B.____ getroffene Besuchsregelung nicht zu beanstanden ist. Sie ist geeignet und verhältnismässig, da mildere Massnahmen bereits erfolglos waren und der latenten Kindeswohlgefährdung von E.____ und D.____ nicht genügend entgegenwirken konnten.

4. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

5.1 Es bleibt über die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu befinden. Gemäss § 20 Abs. 1 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 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). Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'200.-- dem unterlegenen Beschwerdeführer aufzuerlegen. Zusage Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung gehen die dem Beschwerdeführer auferlegten Verfahrenskosten zulasten der Gerichtskasse. Die Parteikosten sind wettzuschlagen.

5.2 Der Beschwerdeführer wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er zur Nachzahlung der in diesem Verfahren infolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege der Gerichtskasse belasteten Kosten verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist (§ 53a Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichte [Gerichtsorganisationsgesetz, GOG] vom 22. Februar 2001).

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
 2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'200.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und gehen zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung zulasten der Gerichtskasse.
 3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

Kantonsrichter

Gerichtsschreiber