



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

vom 17. Oktober 2012 (810 12 218)

ZGB und EG ZGB

Beschluss der Vormundschaftsbehörde in Sachen Besuchsregelung

Besetzung Präsidentin Franziska Preiswerk-Vögtli, Kantonsrichter Niklaus Ruck-
stuhl, Markus Clausen, Christian Haidlauf, Beat Walther, Gerichts-
schreiberin i.V. Patricia Bäckert

Parteien **A.**____, Beschwerdeführer, vertreten durch Fred M. Wagner, Advokat

gegen

Kantonales Vormundschaftsamt, Schlossstrasse 3, 4133 Pratteln,
Beschwerdegegner

Vormundschaftsbehörde B.____, Beschwerdegegnerin

Beigeladene **C.**____, vertreten durch Dr. Sabine Aeschlimann, Advokatin, LL.M

Betreff Beschluss der Vormundschaftsbehörde B.____ vom 2. April 2012 i.S.
Ablehnung Erweiterung des Besuchsrechts
(Entscheid des Kantonalen Vormundschaftsamtes vom 25. Juni 2012)

A. Mit Verfügung vom 31. Januar 2011 erteilte die Vormundschaftsbehörde B.____ (VB) das alleinige Sorgerecht über D.____ seiner Mutter, C.____, und räumte dem Kindsvater, A.____, das Besuchsrecht während einer Stunde pro Monat in der Institution, in welcher sich der Kindsvater befand, ein. Ferner wurde festgelegt, dass D.____ bei den Besuchen von einer fachkundigen Person eines Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienstes begleitet wird. Nachdem der Kindsvater im Juni 2011 in die Klinik E.____ in F.____ eingetreten war, erklärte sich die Kindsmutter bereit, das begleitete Besuchsrecht bei der Institution G.____ in H.____ durchführen zu lassen. Aus organisatorischen Gründen der Institution G.____ wurde die Besuchszeit nach gegenseitiger Absprache auf zwei Stunden pro Monat verlängert. Zudem wurde die Anordnung betreffend die Begleitung von D.____ von einer fachkundigen Person aufgehoben. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2011 ersuchte I.____, Sozialarbeiter in der E.____ F.____, auf Antrag des Kindsvaters um Ausdehnung des Besuchsrechts auf vier Stunden pro Monat. Mit Beschluss der VB vom 30. Januar 2012 wurde das Besuchsrecht auf vier Stunden pro Monat ausgedehnt.

Mit Beschluss der VB vom 5. März 2012 wurde eine Beistandschaft errichtet und ein Beistand ernannt. Der Beistand wurde beauftragt, den persönlichen Verkehr des Kindes mit seinem Vater zu organisieren und aufgrund der Verpflichtung des Kindsvaters zur Unterlassung von Annäherung und Kontaktaufnahme gegenüber der Kindsmutter die Informationen und die Auskünfte über das Kind im Sinne von Art. 275a Abs. 1 ZGB dem Vater zu erteilen.

B. Mit E-Mail vom 5. März 2012 ersuchte A.____ die VB um ein unbegleitetes Besuchsrecht. Auf das Gesuch von A.____ trat die VB mit Entscheid vom 2. April 2012 nicht ein, da sich die Sach- und Rechtslage nicht verändert habe. Gegen diesen Entscheid erhob A.____ am 10. April 2012 Beschwerde beim Kantonalen Vormundschaftsamt (KVA). Am 7. Mai 2012 wandte sich A.____ erneut an das KVA und ersuchte um ein sofortiges unbegleitetes Besuchsrecht und eine Neuregelung des Besuchs-/Sorge- und Obhutsrechts im Sinne einer "50/50-Variante".

C. Mit Entscheid vom 25. Juni 2012 wies das KVA die Beschwerde von A.____ ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass A.____ trotz Therapiefortschritten seine angestaute Wut noch nicht im Griff habe, weshalb seine Forderung nach einem unbegleiteten Besuchsrecht weder vom Erziehungsbeistand noch vom Sozialarbeiter im Massnahmenvollzug unterstützt werde.

D. Gegen diesen Entscheid erhob A.____ mit Schreiben vom 9. Juli 2012 Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht). Sinngemäss beantragte er die Aufhebung des Entscheids des KVA und die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

E. Die VB hielt in ihrer Vernehmlassung vom 20. Juli 2012 am angefochtenen Beschluss fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

F. Mit Schreiben vom 13. August 2012 nahm C.____, vertreten durch Dr. Sabine Aeschliemann, Advokatin, Stellung zur Beschwerde vom 9. Juli 2012. Dabei beantragte sie, auf die Be-

schwerde des Kindsvaters sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen und es sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, alles unter o/e-Kostenfolge. Zur Begründung führte sie aus, das KVA habe fälschlicherweise ein Sachurteil gefällt, obwohl sie die Frage des Nichteintretens hätte beurteilen müssen. Da das Verfahren an gravierenden Verfahrensmängeln leide, dürfe auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Falls doch, so sei die Beschwerde abzuweisen und der Entscheid des KVA inhaltlich vollumfänglich zu bestätigen.

G. Mit Vernehmlassung vom 13. August 2012 beantragte das KVA die Abweisung der Beschwerde.

H. Am 26. September 2012 wurde D.____ von der Präsidentin des Kantonsgerichts angehört.

I. An der heutigen Hauptverhandlung nehmen der Beschwerdeführer, sein Rechtsvertreter, eine Vertreterin der Vormundschaftsbehörde B.____, C.____ als Beigeladene sowie ihre Rechtsvertreterin teil. Als Auskunftsperson wird der Beistand des Kindes, J.____ befragt. Die Parteien halten an ihren Anträgen und Begehren fest. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

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

1. Gemäss § 43 Abs. 1 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 ist das Kantonsgericht zuständig für Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide des Regierungsrates sowie letztinstanzliche Entscheide der Direktionen und gegen letztinstanzliche Entscheide der Landeskirchen, sofern dem Kantonsgericht die Zuständigkeit nicht durch andere Gesetze entzogen ist. Gemäss § 43 Abs. 2 VPO ist das Kantonsgericht weiter zuständig für Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide anderer Behörden und Gerichte, sofern die kantonale Gesetzgebung und die Verfassung die Zuständigkeit des Kantonsgerichts als Verwaltungsgericht vorsehen.

2.1 Gemäss Art. 275 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit § 62 lit. a des Gesetzes über die Einführung des Zivilgesetzbuches (EG ZGB) vom 16. November 2006 ist die Vormundschaftsbehörde für Anordnungen über den persönlichen Verkehr zuständig. Die Vormundschaftsbehörde ist nach Art. 275 Abs. 2 ZGB dabei grundsätzlich auch zuständig zur Änderung einer gerichtlichen Besuchsregelung (vgl. Art. 134 Abs. 4 ZGB), es sei denn, das Gericht befindet über eine Zuteilung der elterlichen Sorge, der Obhut oder des Unterhaltsbeitrags, dann verbleibt es wiederum bei der Annexzuständigkeit des Gerichts für die Regelung des persönlichen Verkehrs (vgl. INGEBOURG SCHWENZER, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 456 ZGB, 4. Auflage, Basel/Genf/München 2010 [Basler Kommentar], Rz. 12 zu Art. 275 ZGB).

2.2 Nach § 61 Abs. 1 EG ZGB ist das KVA die Aufsichtsbehörde für das Vormundschaftswesen und gemäss Art. 420 Abs. 2 ZGB i.V.m. § 63 lit. c EG ZGB zuständig für Beschwerden

gegen Entscheide der Vormundschaftsbehörde. Gemäss § 65 EG ZGB beurteilt das Kantonsgericht Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide der Aufsichtsbehörde für Vormundtschaftswesen. Das angerufene Kantonsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gegen den Entscheid des KVA vom 25. Juni 2012 zuständig und auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

3. Gemäss § 41 Abs. 3 lit. b des Gesetzes über die Organisation der Gerichte und der Strafverfolgungsbehörden (Gerichtsorganisationsgesetz, GOG) vom 22. Februar 2001 sind Urteilsberatungen in Verfahren betreffend Kindesschutzmassnahmen nicht öffentlich und finden unter Ausschluss der Parteien statt. Praxisgemäss kommt diese Bestimmung auch in Verfahren über die Regelung des Besuchsrechts zur Anwendung. Das Gericht führt deshalb eine geheime Urteilsberatung durch. Das Urteil wird schriftlich eröffnet.

4. Gemäss § 45 Abs. 1 lit. a und b VPO können mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden. Die Überprüfung der Angemessenheit ist gemäss § 45 Abs. 1 lit. c VPO hingegen nur bei Verfügungen betreffend fürsorgereische Freiheitsentziehung, bei Entscheiden über die Anordnung oder Aufhebung von Entmündigungen sowie bei Disziplinar massnahmen gegenüber Beamten vorgesehen. Eine spezielle Regelung der Kognition sieht § 45 Abs. 2 VPO überdies bei Beschwerden in Steuersachen vor. Aufgrund von § 45 VPO hätte das Kantonsgericht vorliegend somit keine Ermessenskontrolle. Im vorliegenden Fall ist jedoch Art. 420 Abs. 2 ZGB zu beachten, gemäss welchem gegen die Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde binnen zehn Tagen nach deren Mitteilung bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden kann. Diese bundesrechtliche Beschwerdenorm gelangt nur zur Anwendung, soweit Bundesrecht einen Entscheid in die Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden verweist. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob sich die entsprechende Bundesnorm im Vormundtschaftswesen im engeren Sinn oder in einem anderen Rechtsgebiet findet. Somit unterliegen der Beschwerde auch Entscheide, welche das ZGB in anderen Bereichen der Vormundschaftsbehörde zuweist, namentlich im Bereich des Kindesschutzes. Gründet die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde hingegen auf kantonalem Recht, so sind die Kantone in der Regelung der Rechtsmittel – im Rahmen der allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze – frei (vgl. THOMAS GEISER, Basler Kommentar, a.a.O., Rz. 2 und 13 zu Art. 420 ZGB). Sieht ein Kanton zwei Aufsichtsbehörden vor, so grenzt er ihre Zuständigkeiten gegeneinander ab. Damit entscheidet er auch darüber, ob die Beschwerde von der einen an die andere Behörde weitergezogen werden kann oder nicht. Sofern aber eine Beschwerde im Sinne von Art. 420 Abs. 2 ZGB an die obere Instanz zugelassen wird, handelt es sich nicht um ein vom kantonalen Recht ausgestaltetes Rechtsmittel, sondern um eine den bundesrechtlichen Grundsätzen unterliegende Vormundschaftsbeschwerde. Die Schutzbedürftigkeit der von vormundschaftlichen Massnahmen betroffenen Personen erfordert es nun aber, dass die Aufsichtsbehörde die Entscheide sowohl in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, als auch hinsichtlich ihrer Angemessenheit prüft. Mit Blick auf die Tragweite der staatlichen Eingriffe, um die es beim Vormundschaftsrecht in der Regel geht, steht die materielle Richtigkeit gegenüber einer formellen, prozessualen Richtigkeit im Vordergrund (vgl. THOMAS GEISER, Basler Kommentar, a.a.O., Rz. 21 zu Art. 420 ZGB; vgl. zum Ganzen auch THOMAS GEISER, Die Auf-

sicht im Vormundschaftswesen, in: Zeitschrift für Vormundschaftswesen [ZVW], 1993, S. 201 ff.). Das KVA als Aufsichtsbehörde muss im Beschwerdeverfahren nach Art. 420 ZGB also eine Ermessensüberprüfung vornehmen. Das Gebot eines einfachen und damit auch möglichst einheitlichen Verfahrens verlangt, dass das Rechtsmittel an die zweite Aufsichtsbehörde den gleichen Grundsätzen folgt, wie dasjenige an die erste Aufsichtsbehörde. Somit ist der Schluss zu ziehen, dass das Kantonsgericht als zweite Aufsichtsbehörde im vorliegenden Fall über die gleiche, mithin umfassende Kognition verfügt wie das KVA (vgl. zum Ganzen das Urteil des Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV] vom 23. Juni 2010 [810 09 469] E. 4.2 sowie KGE VV vom 5. Dezember 2007 [810 07 246] E. 2.1 und 2.2 mit weiteren Hinweisen).

5.1 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Entscheid des KVA vom 25. Juni 2012, welcher in Abweisung der Beschwerde den Nichteintretensentscheid der VB vom 2. April 2012 bestätigt hat. Es ist somit nachfolgend lediglich zu prüfen, ob die VB zu Recht auf das Gesuch des Beschwerdeführers vom 5. März 2012 nicht eingetreten ist. Auf die materiellen Vorbringen der Beteiligten ist dagegen nicht einzugehen.

5.2 Die Wiederaufnahme des Verfahrens ist in den §§ 39 und 40 des Verwaltungsverfahrensgesetzes Basel-Landschaft (VwVG BL) vom 13. Juni 1988 geregelt. Bevor jedoch geprüft werden kann, ob die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung vorgelegen haben, stellt sich die Frage, ob das Gesuch überhaupt als Wiedererwägungsgesuch im Sinne von § 39 ff. VwVG BL zu verstehen war oder ob es sich dabei nicht vielmehr um ein neues Gesuch betreffend unbegleitetes Besuchsrecht gehandelt hat.

5.3 Mit E-Mail vom 5. März 2012 beantragte der Beschwerdeführer bei der VB ein unbegleitetes Besuchsrecht. In der Begründung wurde geltend gemacht, die Institution G.____ sei leider nur für Kleinkinder ausgestattet, was eine gewisse Langweiligkeit für D.____ darstelle. Es gäbe andere Orte, die für 10-Jährige geeigneter seien. Dies sei auch im Interesse von D.____.

5.4 Mit Wiedererwägungsentscheid vom 2. April 2012 trat die VB auf das Gesuch des Beschwerdeführers vom 5. März 2012 nicht ein. Dabei stützte sich die VB auf § 40 VwVG BL wonach die zuständige erstinstanzliche Behörde auf ein Wiedererwägungsgesuch eintritt, wenn die der Verfügung zugrunde liegende Sach- oder Rechtslage sich nachträglich zugunsten einer Partei wesentlich geändert hat oder ein Revisionsgrund vorliegt. Aus dem Gesuch ergäben sich keine Veränderungen der Sach- oder Rechtslage seit der letzten Verfügung und zudem liege auch kein Revisionsgrund gemäss § 40 Abs. 2 VwVG BL vor.

5.5 Mit Einreichen eines Wiedererwägungsbegehrens wird das Rückkommen auf eine Verfügung begehrt, während mit der Einreichung eines qualitativ anderen Gesuchs um Beurteilung eines neuen Anspruches (ein vom ersten Gesuch, welches der bestehenden Verfügung zugrunde liegt, unabhängiger Anspruch) ersucht wird (Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern vom 8. November 1983, Gerichts- und Verwaltungsentscheide im Kanton Luzern 1983 II Nr. 1, E. 5.a). Beim neuen Gesuch um Erlass einer Verfügung liegt mithin ein nichtstreitiges Verwaltungsverfahren vor (RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Pro-

zessrecht, 2. Auflage, Basel 2010, N 48). Daraus folgt, dass durch Einreichung eines neuen Gesuchs nicht die förmliche Abänderung oder Aufhebung einer bestehenden Verfügung verlangt wird, sondern der Erlass einer neuen Verfügung, welche neben die alte Verfügung tritt und lediglich deren Inhalt verdrängen soll.

5.6 Die VB hat in ihrer Verfügung vom 31. Januar 2011 das Besuchsrecht in Form eines begleiteten Besuchsrechts à zwei Stunden pro Monat geregelt. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2011 beantragte der Beschwerdeführer eine Ausdehnung des Besuchsrechts von zwei auf vier Stunden pro Monat. Schliesslich gab die VB diesem Antrag mit Verfügung vom 30. Januar 2012 statt und dehnte das Besuchsrecht aus. Ferner wurde das begleitete Besuchsrecht bestätigt. Mit Gesuch vom 5. März 2012 beantragte der Beschwerdeführer das unbegleitete Besuchsrecht. Dabei verkannte die VB, dass es sich um ein neues Gesuch um Beurteilung eines neuen Anspruchs handelte, da der Beschwerdeführer noch nie ein Gesuch um unbegleitetes Besuchsrecht gestellt hatte. Im Beschluss der VB vom 30. Januar 2012 sollte es lediglich um eine zeitliche Ausdehnung des Besuchsrechts gehen, zumal der Beschwerdeführer nur eine zeitliche Ausdehnung beantragt hatte. Die VB hatte ohne Gesuch des Beschwerdeführers nochmals über das begleitete Besuchsrecht verfügt. Der Antrag auf unbegleitetes Besuchsrecht stellt eine andere Form des persönlichen Verkehrs dar und wurde vom Beschwerdeführer erst mit E-mail vom 5. März 2011 gestellt. Ferner wurde mit Gesuch des Beschwerdeführers weder die Abänderung noch die Aufhebung des Beschlusses der VB vom 30. Januar 2012 verlangt. Es ist somit festzuhalten, dass es sich beim Gesuch vom 5. März 2012 um ein neues Gesuch handelt und nicht, wie von der VB angenommen, um ein Wiedererwägungsgesuch.

5.7 Aufgrund von Art. 273 Abs. 3 ZGB hat der Beschwerdeführer als besuchsberechtigter Elternteil Anspruch auf Regelung eines angemessenen persönlichen Verkehrs (INGEBORG SCHWENZER, a.a.O. Rz. 29 zu Art. 273 ZGB). Die VB hätte auf das neue Gesuch des Beschwerdeführers vom 5. März 2012 eintreten und dieses materiell behandeln müssen, zumal das begleitete Besuchsrecht ohnehin keine Dauerlösung darstellen sollte. Das begleitete Besuchsrecht stellt lediglich eine Übergangslösung bzw. eine befristete Krisenintervention dar und ist deshalb grundsätzlich nur für eine begrenzte Dauer anzuordnen, wie z.B. zur Abklärung eines Verdachts auf sexuellen Missbrauch. Es ist im Regelfall zeitlich auf ein halbes oder ein ganzes Jahr zu begrenzen. Im Einzelfall wurde freilich auch schon ein begleitetes Besuchsrecht auf sieben Jahre hinaus gutgeheissen (vgl. INGEBORG SCHWENZER, a.a.O. Rz. 27 zu Art. 273 ZGB). Nach allgemein anerkannter Auffassung dient der ordentliche Besuchskontakt dem Kindeswohl, wobei damit grundsätzlich unbegleitete Besuche gemeint sind. Begleitete Besuche sind somit erst dann anzuordnen, wenn das Kindeswohl durch die Kontakte so gefährdet ist, dass der Anspruch auf persönlichen Verkehr an sich entzogen werden müsste. Sie stellen also nur eine Alternative zum Entzug des Besuchsrechts dar und nicht eine Alternative zum ordentlichen Besuchsrecht. Die Indikation der Massnahme sollte bei mehr als zwölf Monaten Dauer alle sechs Monate überprüft werden.

5.8 Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die VB zu Unrecht auf das Gesuch des Beschwerdeführers vom 5. März 2012 nicht eingetreten ist und das KVA diesen Entscheid ebenfalls zu Unrecht geschützt hat. Soweit beantragt wird, die VB sei vom Kantons-

gericht anzuweisen, das unbegleitete Besuchsrecht zu bewilligen, ist darauf hinzuweisen, dass eine erstmalige materielle Überprüfung des Gesuchs durch das Kantonsgericht unter anderem aufgrund der Sachnähe nicht angezeigt ist. Demnach ist die Beschwerde gutzuheissen, der Entscheid des KVA vom 25. Juni 2012 aufzuheben und die Angelegenheit zur materiellen Beurteilung an die VB zurückzuweisen.

6. Abschliessend bleibt über die Kosten zu befinden.

6.1 Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das verwaltungsgerichtliche Verfahren vor dem Kantonsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren sowie die Beweiskosten und werden gemäss § 20 Abs. 3 VPO in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt, wobei den Vorinstanzen – abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmen – keine Verfahrenskosten auferlegt werden. Demzufolge werden im vorliegenden Verfahren keine Kosten erhoben.

6.2 § 21 Abs. 1 VPO hält fest, dass der ganz oder teilweise obsiegenden Partei für den Beizug eines Anwalts eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden kann. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat das Kantonale Vormundschaftsamt dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'647.50 (inkl. Auslagen) zu bezahlen. Zuzugabe Bewilligung der unentgeltlichen Verbeiständung ist der Rechtsvertreterin der Beigeladenen ein Honorar in der Höhe von Fr. 2'041.20 (inkl. Auslagen und 8 % MwSt) zulasten der Gerichtskasse auszurichten.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Angelegenheit zur materiellen Beurteilung an die Vormundschaftsbehörde B._____ zurückgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Das Kantonale Vormundschaftsamt hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 1'626.-- (inkl. Auslagen) auszurichten.
 4. Zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Verbeiständung wird der Rechtsvertreterin der Beigeladenen ein Honorar in der Höhe von insgesamt Fr. 2'041.20 (inkl. Auslagen und 8 % Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse ausgerichtet.

Präsidentin

Gerichtsschreiberin i.V.