CANTON DU VALAIS
KANTON WALLIS

Département de la sécurité, des institutions et du sport
Departement für Sicherheit, Institutionen und Sport

An die Präsidentinnen und Präsidenten der
Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB)

Referenzen SH/AC

Datum 28. April 2020

Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs im Bereich des Kindes– und Erwachsenenschutzes

Sehr geehrte Frau Präsidentin
Sehr geehrter Herr Präsident

Ziel dieses Rundschreibens ist es, den Anspruch auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes in Erinnerung zu rufen, da im Jahre 2018 mehrere Beschwerden gegen Entscheide von Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden beim Kantonsgericht hinterlegt wurden, mit denen die Verletzung des Anspruchs auf Gewährung des rechtlichen Gehörs beanstandet wurden.

1. Gesetzliche Grundlagen

Der Anspruch auf rechtliches Gehörs gehört zu den Verfahrensgrundrechten und wird durch folgende Gesetze garantiert:

- Artikel 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK);
- Artikel 12 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention);
- Artikel 11 BV;
- Artikel 29 Absatz 2 BV;
- Artikel 314, 314a^{bis}, 447, 449a, 449b ZGB;
- Artikel 118e EGZGB.

2. Geltungsbereich

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt für **alle Rechtsanwendungsverfahren** die zu einem Entscheid führen, der in die Rechtstellung eines Einzelnen eingreift, beispielsweise in einem Zivilprozess (Art. 53 ZPO), in einem Strafverfahren (Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO) oder in einem Verwaltungsverfahren (Art. 19 Abs. 1 VVRG) (HÄFELIN/HALLERKELLER/THURNHEER, BUNDESSTAATSRECHT N 837).

Av. Ritz 1, 1950 Sion
Tel. 027 606 50 00 · Fax 027 606 50 04 · E-mail : frederic.favre@admin.vs.ch

Dabei dient das rechtliche Gehör einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift (KOKES-PRAXISANLEITUNG KINDESSCHUTZRECHT, Rz 5.26; BGE 5A_732/2014 E. 3.1; BGE 131 III 553).

Der Gehörsanspruch umfasst dabei folgende Punkte:

- das Recht einer Partei in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zu ihrem Begehren angehört zu werden;
- Einblick in die Akten zu erhalten und
- zu den für den Entscheid wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können, **bevor** dieser gefällt wird (HÄFELIN/HALLERKELLER/THURNHEER, BUNDESSTAATSRECHT, N 836).

3. Begriffe

3.1 Betroffene Person

Neben der unmittelbar schutzbedürftigen Person gehören auch die Eltern zu den betroffenen Personen, wenn Anordnungen über minderjährige Kinder zu treffen sind.

3.2 Nahestehende Person

Dabei handelt es sich nach Lehre und Rechtsprechung um eine Person welche die betroffene Person gut kennt und kraft ihrer Eigenschaft sowie kraft ihrer bestehenden Beziehung zu dieser als geeignet erscheint, deren Interessen zu wahren. Dies sind beispielsweise Eltern, Kinder, andere Verwandte, Freunde, Lebensgefährten oder Vertrauenspersonen der betroffenen Person. Eine Rechtsbeziehung ist nicht erforderlich (HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN PRIVATRECHT, ZGB 450 N 20).

3.3 Verfahrensbeteiligte

Am Verfahren beteiligt ist in erster Linie die von der behördlichen Anordnung unmittelbar betroffene Person. Dazu gehört aber auch die nahestehende Person (HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN PRIVATRECHT, ZGB 445 N 4). Die am Verfahren beteiligten Personen haben Anspruch auf rechtliches Gehör und sind beschwerdeberechtigt.

Die betroffene Person hat zudem das Recht auf **persönliche Anhörung** (Art. 314 Abs. 1 i.V. mit Art. 447 Abs. 1 ZGB und Art. 118e Abs. 1 EGZGB). Die Anhörung erfolgt grundsätzlich durch die KESB. Das Recht zur persönlichen (d.h. mündlichen) Anhörung der betroffenen Person geht dabei über Artikel 6 Ziffer 1 EMRK und den verfassungsmässigen Anspruch von Artikel 29 Absatz 2 BV hinaus, indem Artikel 447 ZGB eine allgemeine Pflicht der Behörde zur persönlichen Anhörung der betroffenen Person festlegt. Damit sollen das Wohl und der Schutz der betroffenen Person sichergestellt werden und ihre Selbstbestimmung so weit wie möglich erhalten und gefördert werden. Der Pflicht zur Anhörung genügt deshalb weder eine schriftliche Stellungnahme noch die Vertretung durch einen Anwalt oder Beistand (MURPHY/STECK, IN: FACHHANDBUCH KINDES UND ERWACHSENENSCHUTZRECHT, N 18.103).

3.4 Anzeigeerstatter

Jede Person kann der Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn ihr eine Person hilfsbedürftig erscheint (Art. 443 Abs. 1; Art. 314 Abs. 1 ZGB). Durch die Erstattung einer Gefährdungsmeldung nimmt der Anzeigeerstatter jedoch nicht am Verfahren teil, er hat keine Kenntnis über den Fortgang bzw. den Ausgang des Verfahrens, es sei denn, beim Anzeigeerstatter handle es sich um eine betroffene oder nahestehende Person.

4. Die wesentlichen Punkte des rechtlichen Gehörs

4.1 Anspruch auf Orientierung

Dies bedeutet, dass die Verfahrensbeteiligten rechtzeitig vor der Entscheidfindung von sämtlichen verfahrensbezogenen Eingängen oder Vernehmlassungen Kenntnis erhalten.

4.2 Anspruch auf Akteneinsicht

Dieser ergibt sich aus der Verfahrensbeteiligung und gilt voraussetzungslos; damit soll sichergestellt werden, dass die Verfahrensbeteiligten von den Entscheidgrundlagen Kenntnis haben und dazu wirksam und sachbezogen Stellung nehmen können; der Anspruch erstreckt sich auf sämtliche Akten (interne Akten, d.h. Handnotizen, Entscheidentwürfe etc. gehören jedoch nicht dazu).

Dieser Anspruch ist nicht absolut; aufgrund von sorgfältiger, konkreter Abwägung kann die Einsicht durch Aussonderung oder Abdeckung eingeschränkt werden.

4.3 Replikrecht

Die Wahrnehmung des Replikrechts ist ebenfalls ein Teilaspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör und setzt die Zustellung der von den übrigen Verfahrensbeteiligten eingereichten Eingaben (beispielsweise ein Gutachten) an die betroffene Person voraus, da diese Eingaben einen Einfluss auf den späteren Entscheid haben können. Hat die Entscheidbehörde eine solche Eingabe der betroffenen Person nicht zugestellt, befindet sie sich jedoch bei den Akten, kann die Rechtsmittelinstanz die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht mit dem blossen Verweis auf die Möglichkeit der Akteneinsicht heilen (BGE 137 I 195 E.2.6).

4.4 Pflicht zur Aktenführung

Dabei handelt es sich um die Pflicht der Behörde zur vollständigen, geordneten und übersichtlichen Aktenführung; dazu gehört, dass Abklärungen und Anhörungen in Protokollen festgehalten werden.

4.5 Anspruch auf Äusserung

Die Verfahrensbeteiligten können sich vor Erlass des Entscheids der in ihre Rechtsstellung eingreift, zur Sache äussern. **Betroffene Personen sind persönlich anzuhören** (Art. 447; Art. 314 Abs. 1 ZGB; Art. 118e EGZGB).

4.6 Anspruch auf Vertretung

Dabei handelt es sich um das Recht einen Rechtsanwalt beizuziehen.

4.7 Anspruch auf Begründung

Die Behörde hat die Vorbringen der Beteiligten zu hören, zu prüfen und für den Entscheid zu berücksichtigen, wobei sich die KESB bei der Begründung auf die wesentlichen Punkte beschränken darf. Die Begründung muss jedoch nachvollziehbar sein (BGE 5A_732/2014 E. 3.1).

4.8 Anspruch auf Eröffnung

Die KESB ist zur Eröffnung des Entscheids an die betroffene Person und die weiteren Verfahrensbeteiligten verpflichtet.

5. Auswirkungen bei Verletzung des rechtlichen Gehörs

Das Recht angehört zu werden, ist formeller Natur. Seine Verletzung führt, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst, zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (KOKES-PRAXISANLEITUNG op. cit., Rz 5.29). Das Bundesgericht hat sich dazu in BGE 132 V 387 E. 5.1 wie folgt geäussert: "*Das Recht auf Akteneinsicht ist wie das Recht, angehört zu werden, formeller Natur. Die Verletzung des Rechts auf Akteneinsicht führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Vorbehalten bleiben praxisgemäss Fälle, in denen die Verletzung des Akteneinsichtsrechts nicht besonders schwer wiegt und dadurch geheilt wird, dass die Partei, deren rechtliches Gehör verletzt wurde, sich vor einer Instanz äussern kann, welche sowohl die Tat- als auch die Rechtsfragen uneingeschränkt überprüft (BGE 115 V 305 Erw. 2h; RKUV 1992 Nr. U 152 S. 199 Erw. 2e).*

Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwer wiegenden 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 116 V 187 Erw. 3d).

6. Fazit

Der Anspruch auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs ist ein zentraler Verfahrensgrundsatz, der während der gesamten Dauer des Verfahrens zu berücksichtigen ist. Dabei ist im Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren das Kernstück der Gewährung des rechtlichen Gehörs die persönliche Anhörung der betroffenen Person.

Besonders zu beachten ist dabei, dass auch die Eltern (d.h. beide Elternteile, unabhängig von ihrem Sorgerechts- und Obhutsstatus) persönlich angehört werden müssen, wenn Anordnungen ein minderjähriges Kind betreffen. Bei der Anhörung eines Kindes (als betroffene Person) ist seine Meinung entsprechend seinem Alter und seiner Reife angemessen zu berücksichtigen.

Wir bitten Sie diesem Rundschreiben in Ihrer wichtigen Arbeit im Dienste der schwächsten und verletzlichsten Mitglieder unserer Gesellschaft die nötige Beachtung zu schenken.

Freundliche Grüsse

Frédéric Favre
Staatsrat

Kopie an die Inspektorin und die Inspektoren der KESB