

C3 18 121

C2 18 14

**URTEIL VOM 26. NOVEMBER 2018**

**Kantonsgericht Wallis  
Zivilkammer**

Dr. Lionel Seeberger, Einzelrichter; Michael Julen, Gerichtsschreiber ad hoc

**in Sachen**

**X** \_\_\_\_\_, Beschwerdeführer und Gesuchsteller

**Y** \_\_\_\_\_, Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin

beide vertreten durch Rechtsanwalt M \_\_\_\_\_

**gegen**

**KESB REGION A** \_\_\_\_\_, Vorinstanz

(Kindesschutz)

Beschwerde gegen die Verfügung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde

[KESB] Region A \_\_\_\_\_ vom 23. Mai 2018 in Sachen Z \_\_\_\_\_

## Verfahren und Sachverhalt

**A.** X \_\_\_\_\_ und Y \_\_\_\_\_ sind die Eltern des am 10. Oktober 2011 geborenen Z \_\_\_\_\_.

**B.** Die Familie lebt seit August 2017 in A \_\_\_\_\_ und ist aus Deutschland zugezogen. Betreffend Z \_\_\_\_\_ war schon mehrere Monate ein Verfahren bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Region A \_\_\_\_\_ (nachfolgend KESB) hängig, da sich die Integration in die Klasse in A \_\_\_\_\_ als schwierig erwies. Unter anderem hatte Z \_\_\_\_\_ Probleme mit dem Wasserlösen, was sich durch Einnässen während des Unterrichts zeigte, er schlug andere Kinder und zerstörte Arbeitsmaterial. Die Fortführung des Unterrichts war nicht mehr möglich, weswegen Z \_\_\_\_\_ suspendiert wurde und seit anfangs Mai 2018 zu Hause blieb.

**C.** Nach diversen Berichten und Anhörungen hat die KESB bzw. vorliegend deren Präsidentin am 23. Mai 2018 Folgendes verfügt:

1. Den Kindseltern X \_\_\_\_\_ und Y \_\_\_\_\_ wird nachfolgende verbindliche Weisung angeordnet:
  - a) Die Kindseltern verabreden mit dem PZO den Eintrittstermin für Z \_\_\_\_\_. Z \_\_\_\_\_ wird als dann die Tagesklinik im PZO besuchen.
  - b) Die Kindseltern sind für den Transport verantwortlich und können diesen selbst ausführen oder auf Ihre Kosten organisieren.
3. Die Kosten vorliegender Zwischenverfügung ergehen mit dem Haupthandel.
4. Die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde wird entzogen.
5. Der vorliegende Entscheid wird eingeschrieben zugestellt an:
  - Kindseltern
  - Amt für Kinderschutz, z.Hd. B \_\_\_\_\_

**D.** Gegen diese Zwischenverfügung erhoben die Kindseltern X \_\_\_\_\_ und Y \_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer) am 1. Juni 2018 „Widerspruch“ beim Kantonsgericht mit nachfolgender Begründung:

- Zurzeit wurde die Aufnahme des Kindes vom PZO nicht akzeptiert.
- Rechtsverweigerung, (Akteneinsicht)
- Risiken und Gefahr für Kindergesundheit
- Nicht Neutral und Neigung zu anderer Seite

- Die Erwägung Nr. 2 stimmt nicht, mit Transportkosten haben wir kein Problem.

Weitere Begründungen werde ich mit meinem Anwalt den Fall Besprechen, und werden wir dazu die Gründe Ihnen mitteilen.

Am 8. Juni 2018 hinterlegten die Beschwerdeführer zusätzlich ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, welches sie am 16. Juni 2018 mit weiteren Unterlagen ergänzten.

Mit Schreiben vom 22. Juni 2018 gelangte der zwischenzeitlich hinzugezogene Rechtsanwalt der Beschwerdeführer ans Kantonsgericht und ersuchte um Akteneinsicht. Die Akten wurden mit Schreiben vom 26. Juni 2018 rechtshilfweise ans Regionalgericht Oberland in Thun zur Gewährung der Akteneinsicht zugestellt. Am 5. Juli 2018 reichten die Beschwerdeführer eine Begründung nach und stellten folgende Rechtsbegehren:

1. Die Verfügung vom 23. Mai 2018 sei aufzuheben.
2. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

#### **Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen**

**E.** Mit Entscheid des Kantonsgerichts vom 23. Juli 2018 wurde das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

**F.** Mit Schreiben vom 8. Oktober 2018 forderte das Kantonsgericht die Beschwerdeführer dazu auf, eine Kostennote einzureichen. Mit Eingabe vom 9. Oktober 2018 kamen sie dieser Aufforderung nach. Am 11. Oktober 2018 wurde die KESB eingeladen, hierzu Stellung zu nehmen, was sie mit Schreiben vom 22. Oktober 2018 tat. Diese Stellungnahme wurde am 26. Oktober 2018 an die Beschwerdeführer übermittelt, welche keine weiteren Bemerkungen hierzu einreichten.

## Erwägungen

### 1.

**1.1** Im Kindesschutzverfahren sind die Bestimmungen über das Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde nach Art. 443 ff. ZGB sinngemäss anwendbar (Art. 314 Abs. 1 ZGB; Art. 117 Abs. 3 EGZGB). Gegen Beschlüsse der KESB kann innert 30 Tagen Beschwerde an das Kantonsgericht erhoben werden, wobei ein Einzelrichter in der Sache zuständig ist (Art. 450 Abs. 1, Art. 450b Abs. 1 ZGB; Art. 20 Abs. 3 RPfIG; Art. 114 Abs. 1 lit. c Ziff. 4 und Abs. 2 EGZGB). Handelt es sich um einen Entscheid auf dem Gebiet der fürsorgerischen Unterbringung (Art. 450b Abs. 2 ZGB) oder richtet sich die Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen (Art. 455 Abs. 3 ZGB), so beträgt die Beschwerdefrist zehn Tage.

Die angefochtene Verfügung datiert vom 23. Mai 2018 und wurde laut darauf enthaltenem Vermerk am 22. Mai 2018 versandt. Die Beschwerdeführer haben die Verfügung demnach frühestens am 23. Mai 2018 erhalten. Die Beschwerde wurde am 1. Juni 2018 bei der Post aufgegeben. Die zehntägige Beschwerdefrist ist demnach in jedem Falle gewahrt.

In Folge des Devolutiveffekts gilt der in Art. 446 Abs. 1 ZGB geregelte Untersuchungsgrundsatz sowie die Oficialmaxime auch im kantonalen Beschwerdeverfahren (Bundesgerichtsurteil 5A\_922/2017 vom 2. August 2017 E. 5.1). Insofern ist auch die nachgereichte Beschwerdeergänzung vom 5. Juli 2018 zuzulassen.

**1.2** Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450a Abs. 1 ZGB, Art. 118 ff. EGZGB i.V.m. Art. 320 ZPO). Die Beschwerdeinstanz kann den angefochtenen Entscheid grundsätzlich auch auf seine blosser Unangemessenheit hin überprüfen; jedoch übt sich die Rechtsmittelinstanz bei Eingriffen in vertretbare Ermessenentscheide in einer gewissen Zurückhaltung, insbesondere bei einer grösseren Sachnähe der ersten Instanz zum Entscheid (vgl. dazu Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 36 zu Art. 310 ZPO; Fassbind, in: Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], ZGB Kommentar, 3. A., Zürich 2016, N. 1 zu Art. 450a ZGB). Es handelt sich bei der Beschwerde folglich um ein vollkommenes

Rechtsmittel, welches der Beschwerdeinstanz eine umfassende Überprüfung des Entscheids in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (sog. freie Kognition) ermöglicht (Fassbind, a.a.O., N. 1 zu Art. 450a ZGB).

Vorliegend werden Rechtsverletzung sowie unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung als auch Unangemessenheit gerügt.

**1.3** Die Beschwerde ist mit einer Begründung zu versehen (Art. 450 Abs. 3 ZGB). Entsprechend statuiert Art. 450a Abs. 1 ZGB das Rügeprinzip (vgl. Steck, Basler Kommentar, 5. A., 2014, N. 41 ff. zu Art. 450 ZGB sowie N. 5 zu Art. 450a ZGB), so dass die Beschwerdeinstanz – trotz der geltenden Untersuchungsmaxime – grundsätzlich lediglich die in der Beschwerde vorgebrachten und genügend substantiierten Rügen prüft, wobei rein appellatorische Vorbringen diese Anforderungen nicht erfüllen. Da für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten die Oficialmaxime gemäss Art. 296 Abs. 3 ZPO gilt, hat die Rechtsmittelinstanz offensichtliche Irrtümer und Fehler der KESB indes von Amtes wegen zu beheben. Handelt es sich um eine Beschwerde auf dem Gebiet der fürsorgerischen Unterbringung, muss diese nicht begründet werden (Art. 450e Abs. 1 ZGB).

Die Beschwerdeführer haben durch ihren Rechtsvertreter eine Begründung nachgereicht. Bei der fristwahrenden Einreichung der Beschwerde handelt es sich um eine Laienbeschwerde, weshalb keine allzu grossen Anforderungen an die Begründung gestellt werden dürfen. Durch die nachträglich eingereichte, detaillierte Begründung sind die Beschwerdeführer diesem Erfordernis ohnehin nachgekommen, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

**2.** Vorab ist zu prüfen, ob die Verfügung aufgrund funktioneller Unzuständigkeit nichtig ist.

**2.1** Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten; sie kann auch im Rechtsmittelweg festgestellt werden (BGE 132 II 21 E. 3.1; 130 III 430 E. 3.3; 127 II 32 E. 3g; 118 Ia 336 E. 2a; 104 Ia 172 E. 2c, mit Hinweisen). Nichtigen Verfügungen geht jede Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit ab. Nach der Rechtsprechung ist eine Verfügung nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgrund kommt namentlich die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde in Betracht.

**2.2** Die Erwachsenenschutzbehörde fällt ihre Entscheide mit mindestens drei Mitgliedern. Die Kantone können für bestimmte Geschäfte Ausnahmen vorsehen (Art. 440 Abs. 2 ZGB). Die Schutzbehörde trifft ihre Entscheidungen gemäss Art. 112 Abs. 1 lit. a EGZGB unter anderem bei der Anordnung, Änderung und Aufhebung von Massnahmen nach Art. 306 ff. für Minderjährige, Art. 390 ff. und Art. 426 ff. ZGB für Erwachsene, als Kollegialbehörde.

Die Verfügung vom 23. Mai 2018 hält in E. 4 folgendes fest: „Die KESB A \_\_\_\_\_ bzw. vorliegend die Präsidentin erlässt daher die Weisung“. Zudem sind keine weiteren Mitglieder der KESB (ausgenommen der beigezogene Jurist) ersichtlich. Es handelt sich somit um eine Präsidialverfügung. Sowohl eine Massnahme nach Art. 307 Abs. 3 ZGB als auch eine fürsorgerische Unterbringung nach Art. 426 ff. ZGB ist von der KESB als Kollegialbehörde anzuordnen (Art. 112 Abs. 1 lit. a EGZGB). Mithin wurde die Weisung von einer funktionell unzuständigen Behörde erlassen, was somit grundsätzlich die Nichtigkeit der Verfügung nach sich zieht (Bundesgerichtsurteil 5A\_393/2018 vom 21. August 2018 E. 2.2.1). Die Präsidialverfügung stützt sich auch nicht auf einen vorgängigen Entscheid der Kollegialbehörde, mit welchem der Eintritt in die Tagesklinik angeordnet worden wäre. Insoweit handelt es sich bei der angefochtenen Verfügung auch nicht um blossе Durchführungsanordnungen.

**2.3** Eine von einer sachlich oder funktionell unzuständigen Behörde erlassene Verfügung ist dann nicht nichtig, wenn der verfügenden Behörde auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zukommt oder der Schluss auf Nichtigkeit sich nicht mit der Rechtssicherheit verträgt (BGE 137 III 217 E. 2.4.3; 136 II 489 E. 3.3; 132 II 342 E. 2.1; je mit Hinweisen).

Der KESB werden von Gesetzes wegen Aufgaben betreffend Kindes- und Erwachsenenschutz übertragen und sie besitzt in diesen Bereichen Entscheidungsgewalt. Sowohl für die Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 426 ff. ZGB, als auch für die Erteilung von Weisungen nach Art. 307 ZGB ist die KESB zuständig und entsprechend ermächtigt (Art. 428 Abs. 1 ZGB, Art. 112 Abs. 1 lit. a EGZGB). Dementsprechend kommt der KESB vorliegend allgemeine Entscheidungsgewalt zu. Ob dies genügt, um die von der funktionell unzuständigen Präsidentin erlassene Verfügung als nicht nichtig erscheinen zu lassen, kann vorliegend offen bleiben. Denn in jedem Falle ist die Verfügung anfechtbar. Mit Beschwerde vom 1. Juni 2018 wurde die Verfügung vom 23. Mai 2018 denn auch angefochten und sie ist dementsprechend aufgrund funktioneller Unzuständigkeit aufzuheben, womit die Beschwerde gutzuheissen ist.

**3.** Mit Schreiben vom 8./16. Juni 2018 haben die Beschwerdeführer einen Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 119 ZPO hinterlegt. Da der Antrag auf Aufhebung der Verfügung gutgeheissen wird und ihnen deshalb eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos.

**4.**

**4.1** Die Kostenregelung im Beschwerdeverfahren richtet sich nach der ZPO (vgl. Art. 450f ZGB; Art. 118 EGZGB; Art. 34 der Verordnung über den Kindes- und Erwachsenenschutz vom 22. August 2012). Danach hat das Gericht in seinem Entscheid die Prozesskosten von Amtes wegen festzulegen (Art. 104 f. ZPO). Diese umfassen sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung (Art. 95 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Obsiegt keine Partei vollständig, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Höhe der Prozesskosten richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 96 ZPO), für den Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend dem Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; SGS/VS 173.8), wobei gemäss Art. 1 Abs. 3 GTar die Bestimmungen der Spezialgesetzgebung vorbehalten bleiben.

**4.2** Die Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO) wird auf Grund des Streitwertes, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation und nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 und 2 GTar). Sie bewegt sich zwischen Fr. 90.-- und Fr. 4'800.-- (Art. 18 GTar), wobei im Beschwerdeverfahren ein Reduktions-Koeffizient von bis zu 60 % berücksichtigt werden kann (Art. 19 GTar). Das Dossier war vorliegend nicht sehr umfangreich. Es wurde aufgrund der eingereichten Beschwerde die funktionelle Unzuständigkeit festgestellt, was aufgrund der Anfechtung die Aufhebung der Verfügung nach sich zog. Es fand ausschliesslich ein schriftliches Verfahren statt und Auslagen sind dem Kantonsgericht keine entstanden. Das Kantonsgericht hatte im Laufe des Verfahrens einen Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu fällen. Es rechtfertigt sich, vorliegend eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- festzulegen, welche aufgrund des Ausgangs des Verfahrens der KESB Region A \_\_\_\_\_ auferlegt wird.

**4.3** Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten der berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angewssene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO). Das Anwaltshonorar bemisst sich im gesetzlichen vorgegebenen Rahmentarif nach der Natur

und Bedeutung des Falls, der Schwierigkeit, dem Umfang, der vom Rechtsbeistand nützlich aufgewendeten Zeit und der finanziellen Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 und 3 GTar) und beträgt für das Beschwerdeverfahren im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht vor Kantonsgericht im Prinzip minimal Fr. 440.-- und maximal Fr. 4'400.-- (Art. 34 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 lit. b GTar). Die Honorarnote kann dabei als Anhaltspunkt für die Berechnung des angemessenen Honorars beigezogen werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es zulässig, für das Anwaltshonorar Pauschalen vorzusehen; hierbei werden alle prozessualen Bemühungen zusammen als einheitliches Ganzes aufgefasst und der effektive Zeitaufwand lediglich im Rahmen des Tarifansatzes berücksichtigt (BGE 143 IV 453 E. 2.5.1; 141 I 124 E. 4.2 und 4.3). Vorliegend wurde der Anwalt später mandatiert, wobei er eine 13-seitige Beschwerdebegründung nachreichte. Das Dossier war nicht sehr umfangreich. Zudem boten sich keine grossen rechtlichen Schwierigkeiten und es fand keine mündliche Verhandlung statt. Abgesehen davon, dass sich die eingereichte Honorarnote mit Fr. 4'911.75 deutlich ausserhalb des gesetzlich festgelegten Rahmens gemäss GTar bewegt, ist die Aufstellung ausserdem nicht nachvollziehbar, da die Posten allgemein gehalten und deshalb keiner detaillierten Prüfung zugänglich sind. Es ist zudem nicht ersichtlich, inwiefern sich die 14 geltend gemachten Stunden auf den aufgeführten Arbeitsaufwand verteilen. Darüber hinaus erscheint der geltend gemachte Aufwand als deutlich übersetzt. Insgesamt erachtet das Gericht ein Honorar von Fr. 2'800.-- als angemessen. Hinzu kommen Auslagen von Fr. 200.-- (die Kopien zu Fr. 0.50). Mithin erachtet das Kantonsgericht unter Berücksichtigung der genannten Kriterien eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (MwSt. und Auslagen inklusive) als angemessen, welche die KESB den Beschwerdeführern schuldet.

### **Das Kantonsgericht erkennt**

1. Die Beschwerde vom 1. Juni 2018 wird gutgeheissen und die Verfügung vom 23. Mai 2018 aufgehoben.
2. Das Verfahren C2 18 14 betreffend unentgeltliche Rechtspflege wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens, bestimmt auf Fr. 600.--, werden der KESB Region A \_\_\_\_\_ auferlegt.
4. Die KESB Region A \_\_\_\_\_ bezahlt den Beschwerdeführern eine Parteient-schädigung von Fr. 3'000.--.

Sitten, 26. November 2018