

VI. Verwaltungsrechtspflege

Art. 4 alt BV; Art. 3 Bst. a und 5 Bst. a Haager Uebereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1989 (SR 0.211.230.02); §§ 27, 28 Abs. 2 VRG; Ziff. 109, 114 Kantonsratsbeschluss über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1); §§ 8 f. insbesondere 9 Abs. 1 und 2 Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (BGS 162.12). – Unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlicher Rechtsbeistand in einem Besuchsrechts(beschwerde)verfahren.

Erwägungen:

3. a) Die Beschwerdeführerin beantragt die unentgeltliche Rechtspflege sowie die unentgeltliche Rechtsverbeiständung durch Rechtsanwalt W. Gemäss Ziffer 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1) dürfen für Amtshandlungen zum Schutze von Kindern keine Gebühren bezogen werden. Für allfällige Barauslagen wie Expertisen kann dagegen entsprechend Ziffer 109 des Verwaltungsgebührentarifs Ersatz verlangt werden. Laut § 27 Abs. 1 VRG kann die entscheidende Behörde die unentgeltliche Rechtspflege bewilligen, wenn einer Partei die nötigen Mittel fehlen, sie zur gehörigen Wahrung ihrer Interessen eines Rechtsbeistandes bedarf und das Verfahren nicht aussichtslos ist. Nach dem Wortlaut von § 27 Abs. 2 VRG kann ein unentgeltlicher Rechtsbeistand nur im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht bestellt werden. Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist jedoch von einem unmittelbar aus Art. 4 der Bundesverfassung fließenden Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes auch im Verwaltungsverfahren auszugehen, sofern der Partei die nötigen Mittel fehlen, sie zur gehörigen Wahrung ihrer Interessen eines Rechtsbeistandes bedarf und das Verfahren nicht aussichtslos ist (vgl. BGE 124 I 306 mit Hinweis). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, bleibt nachstehend zu prüfen.

b) Für die Beurteilung der Bedürftigkeit sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung massgebend (vgl. BGE 122 I 6 mit Hinweisen). Die Bedürftigkeit ist zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei die Verfahrens- und die Anwaltskosten nicht aufzubringen vermag, ohne die Mittel anzugreifen, die sie für sich und die Familie zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts benötigt. Zu berücksichtigen sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (vgl. BGE 124 I 98, mit Hinweisen), wobei hypothetische Einkommens- und Vermögenszurechnungen unzulässig sind (vgl. Andreas Kley-Struller, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, in: Aktuelle juristische Praxis 2/95, S. 181). Die monatlichen Kosten der Gesuchstellerin und ihres Ehemannes werden in der Beschwerdeschrift mit Fr. 6251.20 beziffert. Die Schulden von Fr. 90'000.– per Ende 1998 bezahlt der Ehemann in monatlichen Raten von Fr. 885.– zurück. Diesen Ausgaben steht ein monatliches Einkommen des Ehemannes von Fr. 4'500.– zu-

züglich Fr. 500.- für Spesen gegenüber. Die Beschwerdeführerin arbeitet seit Februar 1999 als Aushilfe und erzielt ein durchschnittliches Monatseinkommen von rund Fr. 1'100.-. Über Vermögen verfügen die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann nicht. Die für den Lebensunterhalt geltend gemachten Ausgaben erscheinen auch gemäss den zur Zeit geltenden Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für öffentliche Sozialhilfe grundsätzlich als realistisch, wobei die Mietkosten gemessen am Einkommen hoch sind. Aber selbst, wenn von einem tieferen Mietzins ausgegangen würde, wäre die Beschwerdeführerin trotz ihres seit Februar 1999 erzielten Einkommens angesichts der bestehenden Schulden nicht in der Lage, Verfahrens- und Anwaltskosten zu tragen. Der Hinweis des Beschwerdegegners, dass die Beschwerdeführerin die bei den Ausgaben aufgeführten Alimente für T gar nicht bezahle, ist bedeutungslos, da diese Alimente bis zu einer allfälligen Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge geschuldet sind. Somit ist die Bedürftigkeit ausgewiesen.

c) Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin zur Wahrung ihrer Rechte einer Rechtsvertretung bedarf. Das Bundesgericht erachtet die Bestellung eines Rechtsbeistandes grundsätzlich als geboten, falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsstellung der bedürftigen Person eingreift. Andernfalls müssen zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die Beschwerdeführerin trotz der im Verwaltungsverfahren geltenden Officialmaxime allein nicht gewachsen ist, wobei die sachliche Notwendigkeit der unentgeltlichen Verbeiständung massgebend bleibt (vgl. BGE 119 Ia 265f.). Verfahren betreffend den persönlichen Verkehr von Eltern mit ihren Kindern sind in der Regel heikel, oftmals komplex und für die Betroffenen vielfach einschneidend. In solchen Verfahren wird daher die unentgeltliche Rechtsverbeiständung grundsätzlich zu gewähren sein, sofern die übrigen Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht direkt um die Regelung des Besuchsrechts der Beschwerdeführerin, sondern um die Frage, wer mit der Erstellung des Gutachtens zu beauftragen und ob auch die Obhutsfrage zu prüfen sei. Das Gutachten untersteht der freien Beweiswürdigung, bildet aber eine wesentliche Entscheidungsgrundlage für eine allfällige Änderung des Besuchsrechts und greift damit zumindest indirekt erheblich in die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin ein. Der Frage, wer mit dem Gutachten beauftragt wird, kommt deshalb eine grosse Bedeutung zu, auch wenn das Kindeswohl und nicht die Interessen der Mutter im Zentrum stehen. Dies zeigt sich darin, dass die Betroffenen auf Grund ihrer Mitwirkungsrechte im Verfahren zur Gutachtensperson regelmässig Stellung nehmen können. Die Notwendigkeit der Rechtsverbeiständung ist daher unter Würdigung aller Umstände zu bejahen.

d) Die unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung wird nur gewährt, wenn das Verfahren nicht aussichtslos erscheint. Laut Bundesgericht ist die Aussichtslosigkeit zu bejahen, wenn die Aussichten auf Obsiegen beträchtlich geringer sind als die Aussichten auf Unterliegen. Entscheidend ist,

ob sich eine Partei, die über die erforderlichen Mittel verfügt, bei vernünftiger Überlegung zu einer Beschwerde entschliessen würde (BGE 124 I 306 mit Hinweis). Dass die vorliegende Beschwerde nicht als aussichtslos im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezeichnet werden kann, zeigt sich schon darin, dass die Gutachterin wegen des fehlenden Vertrauens der Beschwerdeführerin auf ihr Mandat verzichtete. Somit sind die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung erfüllt. Der Bestellung von W zum Rechtsvertreter steht nichts entgegen.

4. a) Gemäss Ziffer 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen ist das Beschwerdeverfahren in Kindesschutzsachen – wie bereits erwähnt – gebührenfrei.

b) Nach § 28 Abs. 2 VRG ist im Rechtsmittelverfahren der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Ob- siegens zuzusprechen. Vorliegend ist der erste Beschwerdeantrag gegenstandslos, der zweite ist abzuweisen. Hinsichtlich des ersten Antrages ist daher summarisch zu prüfen, welche Partei obsiegt hätte, da es sich nicht rechtfertigt, bei Erledigung einer Beschwerde ohne Anspruchsprüfung eine Parteientschädigung generell zu verweigern (vgl. Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug 1995/1996, S. 193 mit Hinweis). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung keinen Einfluss auf eine allfällige Parteientschädigung zu Lasten der bedürftigen Partei hat. Im Falle des Unterliegens kann sie daher zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden (vgl. BGE 122 I 324 f. mit Hinweis). Die Beschwerdeführerin wirft der Gutachterin Befangenheit vor, da sich diese ihr gegenüber mehrmals negativ geäussert und in den Gutachten den Begriff «Kindesentführung» verwendet habe. Als Beweis für die negativen Äusserungen reichte die Beschwerdeführerin eine Aktennotiz ein. Diese trägt nur das Datum der Fax-Obermittlung an den Rechtsvertreter, Februar 1999. Aus der Tatsache, dass es mit dem Namen nach der Heirat der Beschwerdeführerin überschrieben ist, muss geschlossen werden, dass die besagte Aktennotiz nicht zur Zeit der Kontakte der Beschwerdeführerin mit der Gutachterin verfasst wurde, sondern erst später. Es kann angesichts der grossen Zeitspanne nicht ohne weiteres als erwiesen angenommen werden, dass die Gutachterin die behaupteten Äusserungen genau so auch tatsächlich machte. Selbst wenn dies der Fall wäre, vermöchten sie jedoch objektiv betrachtet nicht den Anschein von Befangenheit zu begründen. Solche Äusserungen wären unter den damaligen Umständen zu würdigen und nicht unter den heutigen. Damals jedoch musste der Beschwerdeführerin schliesslich die elterliche Gewalt über T entzogen werden. Der Begriff der Kindesentführung so dann ist der juristische Fachausdruck, der im Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 verwendet wird und genau den Sachverhalt umschreibt, welcher sich 1996 ereignete, nämlich das Verbringen eines Kindes in ein anderes Land unter Verletzung des Obhutsrecht (vgl. Art. 3 lit. a

und Art. 5 lit. a des erwähnten Übereinkommens). Aus dem Umstand, dass die Gutachterin den Begriff «Kindesentführung» verwendete, kann somit keineswegs gefolgert werden, diese sei befangen. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf BGE 118 II 249 schliesslich geht fehl. Diesem Entscheid liegt ein anderer, mit dem vorliegenden Verfahren nicht vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde, ging es doch dort um ein fachärztliches Gutachten, welches für eine fürsorgliche Freiheitsentziehung zwingend einzuholen ist. Dabei hielt das Bundesgericht fest, dass der Sachverständige, der ein Entlassungsgesuch zu beurteilen hat, sich nicht bereits im gleichen Verfahren über die Krankheit der betroffenen Person geäussert haben darf. Vorliegend jedoch gab die Gutachterin nicht in diesem Verfahren, sondern am 18. November 1996 eine Empfehlung zum Besuchsrecht ab und zwar gestützt auf die psychische Verfassung von T nach ihrer Rückkehr aus dem Ausland. Hintergrund der damaligen Empfehlung der Gutachterin für das Besuchsrecht war, T die Zeit und die Möglichkeit zu geben, ihre innere Sicherheit und ihr Gleichgewicht finden. Daraus kann nun keineswegs geschlossen werden, der Gutachtein fehle es an der erforderlichen Objektivität, wenn es darum geht, die Besuchsrechtsregelung rund drei Jahre später nochmals fachärztlich unter dem Aspekt des Kindeswohls zu überprüfen. Wie die Beschwerdeführerin mit Hinweis auf BGE 120 V 357 ff. selbst festhält, muss das Misstrauen objektiv begründet sein. Lediglich subjektive Empfindungen, wie sie die Beschwerdeführerin offensichtlich hegt, genügen für die Ablehnung eines Sachverständigen nicht. Die erforderliche Objektivität ist jedoch vorliegend, wie dargelegt, nicht gegeben. Unter dem Aspekt des Kindeswohl wäre die Gutachterin als frühere Bezugsperson von T vielmehr für die Erstellung des Gutachtens geeignet gewesen. Somit ist von der Abweisung der Beschwerde auszugehen. Die Beschwerdeführerin ist daher zu einer Parteientschädigung an den Beschwerdegegner zu verpflichten. Eine Entschädigung zu Gunsten der Gemeinde entfällt, da die Gemeinde in hoheitlicher Funktion am Verfahren beteiligt ist (§ 28 Abs. 2 Ziff. 1). Mangels einer Bestimmung über die Höhe der Parteientschädigung für das Verwaltungsverfahren ist die Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (BGS 162.12) analog heranzuziehen. Gemäss § 8 f. der Kostenverordnung muss die Entschädigung für eine anwaltlich vertretene Partei angemessen sein. Das Honorar bewegt sich grundsätzlich zwischen Fr. 100.– bis Fr. 3'000.–, je nach Zeit- und Arbeitsaufwand, Wichtigkeit und Schwierigkeit der Sache sowie den sonstigen Interessen an der Beurteilung der Angelegenheit. Der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners reichte trotz schriftlicher Aufforderung der instruierenden Direktion des Innern vom 20. September 1999 keine Kostennote ein. Die Parteientschädigung ist daher von der Entscheidinstanz nach Ermessen festzulegen. Vorliegend ist von einem eher geringen Aufwand des Rechtsvertreters auszugehen. Unter Würdigung aller Umstände erscheint gestützt auf § 9 Abs. 1 und 2 der Kostenverordnung eine Entschädigung von Fr. 500.– angemessen.

Regierungsrat, 2. November 1999