

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 06
Fax +41 31 635 48 14
Obergericht-Zivil.Bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

KES 17 159

Bern, 29. Juni 2017

Besetzung

Oberrichter Hurni (Referent), Oberrichterin Apolloni Meier und
Oberrichter Schlup
Gerichtsschreiber Knecht

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Maître B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

C. _____
vertreten durch Maître D. _____
Beschwerdegegner

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Biel/Bienne,
Zentralstrasse 63, Postfach 704, 2501 Biel/Bienne
Vorinstanz

Gegenstand

Regelung des persönlichen Verkehrs (Art. 273 Abs. 1 ZGB)

Beschwerde gegen den Kammerentscheid der Kindes- und Er-
wachsenenschutzbehörde (KESB) Biel/Bienne vom 1. Februar
2017 (Ref. 9 _____)



Regeste:

Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 447 Abs. 1 ZGB; Anhörung der betroffenen Person; ein reiner Aktenentscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ohne vorgängige mündliche Anhörung der Inhaber der elterlichen Sorge ist bei einschneidender und/oder richtungsweisender Regelung von Kinderbelangen grundsätzlich ausgeschlossen (E. 17-18); Heilung durch oberinstanzliche Anhörung nur im Ausnahmefall (E. 19-20).

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien A._____ (nachfolgend: Kindsmutter bzw. Beschwerdeführerin) und C._____ (nachfolgend: Kindsvater bzw. Beschwerdegegner) sind die unverheirateten Eltern von E._____, geboren am _____ 2015. E._____ lebt bei der Kindsmutter und ist seit Sommer 2015 nach Art. 308 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) verbeiständet. Er steht unter der gemeinsamen elterlichen Sorge sowie unter der Obhut der Beschwerdeführerin.
2. Mit Entscheid vom 6. Juni 2016 regelte die KESB Biel/Bienne (nachfolgend: Vorinstanz) den persönlichen Verkehr zwischen E._____ und dem Kindsvater gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB wie folgt (Ziff. III.3.):
 - Besuch von zwei Stunden pro Woche im G._____ bzw. bei der Sozialpädagogischen Familienbegleitung Seeland
 - Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts und dessen Durchführung unter Aufsicht der Sozialpädagogischen Familienbegleitung Seeland
3. Am 2. November 2016 reichte der Beistand von E._____ der Vorinstanz gestützt auf die Stellungnahme von Frau F._____ der Sozialpädagogischen Familienbegleitung Seeland seinen Bericht ein und stellte dabei folgende Anträge:

«Das Besuchsrecht sei auf vier Stunden pro Woche auszudehnen und dieses sei weiterhin durch die Sozialpädagogische Familienbegleitung Seeland (SPF) zu begleiten. Entsprechend der Einschätzung der SPF sollen unbegleitete Besuche zwischen Kind und Kindsvater in der Wohnung des Kindsvaters stattfinden. Die SPF nehme das Kind entgegen und bringe es zum vereinbarten Zeitpunkt wieder zurück. Der Übergabeort soll zwischen Kindsmutter und der SPF vereinbart werden. Die Kindsmutter Sorge dafür, dass der Kindsvater die benötigten Informationen für die Betreuung von E._____ erhalte. Bei einem Ausfall des Besuchsrechts aus gesundheitlichen Gründen von E._____, sei dem Kindsvater sofern dies aus organisatorischen Gründen möglich sei, ein Ersatztermin zu gewähren. Die Besuchsrechtsregelung sei nach sechs Monaten erneut zu prüfen.»
4. Am 22. November 2016 stellte die Vorinstanz den Parteien folgende Regelung bzgl. des weiteren Aufbaus des persönlichen Verkehrs in Aussicht:
 - Aufbau von zwei auf vier Stunden pro Woche beim Kindsvater zu Hause unter Anleitung der SPF;
 - nach zwei Monaten Ausdehnung auf 8 Stunden alle zwei Wochen mit Tageswechsel von Mittwoch auf Samstag;
 - Sicherung der Übergabe durch SPF;

- kontinuierliche Erweiterung der unbegleiteten Betreuungszeit des Kindsvaters unter Aufsicht und Absprache mit der SPF.
 - Evaluation der Situation nach sechs Monaten und Anpassung bei Bedarf;
 - Entschärfung des hochstrittigen Elternkonflikts im Rahmen einer Mediation gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB, zusätzlich zur Besuchsrechtsbegleitung.
5. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2016 erklärte sich der Beschwerdegegner mit der vorgeschlagenen Regelung einverstanden. Die Beschwerdeführerin, nun vertreten durch Rechtsanwalt B._____, teilte ihrerseits mit Schreiben vom 5. Januar 2017 mit, die aktuelle Regelung – begleitetes wöchentliches Besuchsrecht von zwei Stunden – sei für weitere sechs Monate beizubehalten oder aber ein begleitetes Besuchsrecht von vier Stunden alle vierzehn Tage anzuordnen. Eine Erweiterung des Besuchsrechts von vier auf acht Stunden ab April 2017 lehne sie ab.
6. Mit Entscheid vom 1. Februar 2017 ordnete die Vorinstanz u.a. das Folgende an:
4. Der persönliche Verkehr zwischen dem Kind und dem Kindsvater wird gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB angepasst und wie folgt festgelegt:
 - a) Besuchsaufbau von zwei auf vier Stunden pro Woche beim Kindsvater zu Hause unter Anleitung der Sozialpädagogischen Familienbegleitung Seeland;
 - b) nach zwei Monaten, d.h. ab April 2017, werden die Besuche auf 8 Stunden ausgedehnt, wobei der Tag von Mittwoch auf Samstag gewechselt wird;
 - c) das Besuchsrecht wird fortan jeden zweiten Samstag ausgeübt;
 - d) die Sozialpädagogische Familienbegleitung Seeland sichert die Übergaben zwischen Kindsvater und Kindsmutter;
 - e) die unbegleitete Betreuungszeit des Kindes durch den Kindsvater wird kontinuierlich erweitert unter Aufsicht und Absprache mit der Sozialpädagogischen Familienbegleitung Seeland.
- [...]
11. Die Verfahrenskosten für die Regelung des persönlichen Verkehrs von CHF 500.00 werden hälftig zu je CHF 250.00 zwischen Kindsmutter und Kindsvater aufgeteilt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft mit separater Post in Rechnung gestellt.
7. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 8. März 2017 (Postaufgabe gleichentags) Beschwerde beim Kindes- und Erwachsenenschutzgericht des Kantons Bern mit folgenden Anträgen (pag. 1 ff.):
1. Annuler les points 4. b) et c) du dispositif de la Décision du 1^{er} février 2017, relatifs à la réglementation des relations personnelles entre l'enfant et son père.
 2. Partant, maintenir le régime actuellement en vigueur prévoyant un droit de visite de 4 heures par semaine au domicile du père, avec l'assistance d'un accompagnement familial socio-pédagogique;
 3. Le tout, sous suite des frais et dépens.
8. Sowohl die Vorinstanz als auch der Beschwerdegegner, nun vertreten durch Rechtsanwalt D._____, schlossen in ihrer Beschwerdeantwort vom 13. April 2017 bzw. 15. Mai 2017 auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde (pag. 41 ff. und 49 ff.). Der Beschwerdegegner beantragte in seiner Beschwerdeantwort zudem die Ausdehnung des Besuchsrechts auf jeden Mittwoch von 8:00 bis 11:00 Uhr.

II.

9. Für die Beschwerde gegen den Kammerentscheid der Vorinstanz vom 1. Februar 2017 ist das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht zuständig (Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art 65 des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz [KESG; BSG 213.316]) und Art. 28 Abs. 4 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]).
10. Das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz richtet sich nach den Bestimmungen gemäss Art. 450 ff. ZGB. Subsidiär gelangt kantonales Verfahrensrecht, konkret Art. 65 ff. KESG, zur Anwendung (vgl. Art. 450f ZGB i.V.m. Art.1 Abs. 1 Bst. d KESG). Dieses verweist seinerseits in Art. 72 KESG subsidiär auf die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).
11. Die Beschwerdeführerin ist als am vorinstanzlichen Verfahren beteiligte und in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffene Person gemäss Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB zur Beschwerde legitimiert.
12. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450b Abs. 1 ZGB und Art. 42 Abs. 2 VRPG; Art. 450 Abs. 3 ZGB).
13. Die Beschwerdeführerin wendet sich in ihrer Beschwerde einzig gegen die Ausdehnung des Besuchsrechts nach zwei Monaten, d.h. ab April 2017, von vier auf acht Stunden, stattfindend neu jeden zweiten Samstag (anstatt wie bisher jeden Mittwoch; Ziff. 4.b und 4.c des Entscheiddispositivs). Als mitangefochten gilt damit auch die Kostenverteilung in Ziffer 11 des Entscheiddispositivs. Die übrigen Punkte des Entscheids, namentlich die Anordnungen zur Mediation, blieben unangefochten und sind damit in Rechtskraft erwachsen.
14. Da sich keine fachspezifischen Fragen des Kindesschutzes stellen, erfolgt die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde durch drei hauptamtliche Richterinnen und Richter (Art. 45 Abs. 3 Satz 1 und Bst. b des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).
15. Der angefochtene Entscheid erging auf Deutsch, womit die Verfahrenssprache im vorliegenden Rechtsmittelverfahren ebenfalls die deutsche Sprache ist (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 4 Bst. a des Gerichtssprachendekrets [GSD; BSG 161.13]). Parteieingaben in französischer Sprache sind vor dem Obergericht aber zulässig (Art. 3 Abs. 2 GSD).

III.

16. Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrer Beschwerde mehrfach die mündliche Anhörung der Parteien als Beweismittel. Vor der Vorinstanz wurde den Parteien lediglich Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben. Eine mündliche Anhörung der Kindseltern fand nicht statt. Es fragt sich deshalb, ob die Vorinstanz Art.

314 Abs. 1 i.V.m. Art. 447 Abs. 1 ZGB verletzte, indem sie entgegen der gesetzlichen Grundkonzeption auf eine mündliche Anhörung der Parteien verzichtete, und die Parteianhörung gegebenenfalls nachzuholen ist.

17. Das Recht der betroffenen erwachsenen Personen auf mündliche Anhörung folgt im Verfahren vor der Kindesschutzbehörde aus Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 447 Abs. 1 ZGB. Die persönliche Anhörung bildet zum einen ein qualifiziertes persönliches Mitwirkungsrecht der betroffenen Person und dient zum anderen der Sachverhaltsfeststellung. Im Grundsatz ist die KESB verpflichtet, eine mündliche Anhörung durchzuführen. Von einer Anhörung kann einzig dann abgesehen werden, wenn diese im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände als unverhältnismässig erscheint (Art. 447 Abs. 1 ZGB; AUER/MARTI, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 5. Aufl. 2014, N. 26 zu Art. 447 ZGB). Soweit Anordnungen über das Kind zu treffen sind, sind die Inhaber der elterlichen Sorge in der Regel aufgrund der Intensität der Betroffenheit als betroffene Person anzuhören (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_543/2014 vom 17. März 2015 E. 2.1 unter Hinweis auf AUER/MARTI, a.a.O., N. 2 und 13 zu Art. 447 ZGB und FASSBIND, Erwachsenenschutz, 2012, S. 116 f.).
18. Vorliegend ist nicht ersichtlich und wurde von der Vorinstanz nicht dargelegt, inwiefern eine – zumindest kurze – Anhörung der Kindseltern unverhältnismässig gewesen wäre. Im Gegenteil wäre sie sogar geboten gewesen, da es in einem äusserst konfliktträchtigen Umfeld das Besuchsrecht neu zu regeln gilt. In diesem Zusammenhang ist eine persönliche Anhörung zur Sachverhaltsabklärung und unmittelbaren Verständigung mit den Parteien zentral und zur Gewinnung eines persönlichen Eindrucks von den Eltern unabdingbar. Dies gilt hier umso mehr, als im angefochtenen Entscheid von den Parteianträgen und den Empfehlungen des Beistands abgewichen wurde und der Beschwerdegegner vorinstanzlich noch nicht anwaltlich vertreten war. Ein reiner Aktenentscheid ohne vorgängige mündliche Anhörung der Eltern ist bei einem derart richtungsweisenden Entscheid betreffend die Kinderbelange (Aufbau des persönlichen Verkehrs zwischen Kleinkind und Kindsvater) denn auch grundsätzlich ausgeschlossen und bedarf eines besonders gewichtigen Grunds (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_2/2016 vom 28. April 2016 E. 2.2 betreffend das gemeinsame Sorgerecht). Solche besonderen Umstände, die ausnahmsweise einen reinen Aktenentscheid erlaubten, liegen nicht vor bzw. wurden von der Vorinstanz in ihrem Entscheid nicht geltend gemacht. Insbesondere genügt die Tatsache, dass den Parteien Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gesetzt und diese von den Parteien auch tatsächlich wahrgenommen wurde, für sich alleine nicht, um auf eine mündliche Anhörung zu verzichten. Eine zeitliche Dringlichkeit, wie sie etwa bei superprovisorisch anzuordnenden vorsorglichen Massnahmen besteht und die eine persönliche Anhörung nicht mehr zugelassen hätte, lag ebenfalls nicht vor.
19. Trifft die KESB einen Entscheid betreffend die Kinderbelange ohne vorangehende persönliche Anhörung der Eltern, obwohl diese nicht unverhältnismässig gewesen wäre, liegt eine Rechtsverletzung vor. Dem Anspruch auf persönliche Anhörung kommt – wie dem Anspruch auf rechtliches Gehör – formelle Natur zu, weshalb

dessen Verletzung grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde zur Aufhebung des Entscheids führt (vgl. AUER/MARTI, a.a.O., N. 37 zu Art. 447 ZGB). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann dabei die allgemeine Rechtsprechung zur Heilung von Gehörmängeln auf die Verletzung von spezifisch die mündliche Anhörung regelnden Verfahrensvorschriften übertragen werden (Urteil des Bundesgerichts 5A_2/2016 vom 28. April 2016 E. 2.2). Demnach kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führte, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (Urteil des Bundesgerichts 5A_2/2016 vom 28. April 2016 E. 2.2 m.w.H.). Das Bundesgericht äusserte sich im letztgenannten Entscheid jedoch sehr zurückhaltend bezüglich einer Heilung durch oberinstanzliche Anhörung und bezeichnete diese ausdrücklich als Ausnahme: Wenn es um die einschneidende Regelung von Kinderbelangen in einem Verfahren vor der KESB geht, ist es nach Auffassung des Bundesgerichts grundsätzlich unabdingbar, dass die Erstinstanz einen persönlichen Eindruck von den Eltern gewinnt und nicht bloss einen Aktenentscheid fällt (E. 2.2., 2.3. in fine). Verschafft sich erst der oberinstanzliche Spruchkörper diesen persönlichen Eindruck, ist damit ein verfahrensrechtlich problematischer Verlust einer Rechtsmittelinstanz verbunden. Wird bei einschneidenden Regelungen von Kinderbelangen eine mündliche Anhörung der betroffenen Kindseltern nicht nur formell fehlerhaft, sondern gar nicht erst durchgeführt, handelt es sich mithin um eine schwerwiegende Rechtsverletzung.

20. Gemäss Art. 69 Abs. 2 KESG urteilt das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück. Um selbst einen Entscheid in der Sache treffen zu können, müsste das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht die Kindseltern vorgängig mündlich anhören. Gegen den Entscheid stünde den Parteien anschliessend nur noch die Beschwerde an das Bundesgericht offen. Dieses könnte jedoch nicht mit freier Kognition entscheiden, sondern wäre an die vom Gericht getroffenen Sachverhaltsfeststellungen gebunden (Art. 105 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]). Der Beschwerdeführerin bzw. dem Beschwerdegegner ginge damit nicht nur eine Instanz verloren, sondern es fände auch keine volle Überprüfung des rechtserheblichen Sachverhalts durch eine zweite Instanz statt. Hinzu kommt, dass der Beschwerdegegner in seiner Beschwerdeantwort seinerseits nicht nur die Abweisung der Beschwerde beantragt, sondern darüber hinaus eine noch weitergehende Ausdehnung des Besuchsrechts auf zusätzlich jeden Mittwoch von 8:00 bis 11:00 Uhr fordert. Es rechtfertigt sich daher, die Dispositivziffern 4.b, 4.c und 11 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und die Sache zur Durchführung einer mündlichen Anhörung der Kindseltern sowie zur anschliessenden neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

IV.

21. Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 70 Abs. 1 KESG i.V.m. Art. 108 Abs. 1 VRPG).
22. Sowohl die Beschwerdeführerin (4 statt 8 Stunden jede zweite Woche) als auch der Beschwerdegegner (zusätzlich jeden Mittwoch für 3 Stunden) beantragten eine von der Vorinstanz abweichende Besuchsrechtsregelung. Da zum jetzigen Zeitpunkt noch ungewiss ist, ob und in welchem Umfang die Beschwerdeführerin bzw. der Beschwerdegegner mit ihren Anträgen auf Einschränkung resp. Ausweitung des erstinstanzlich angeordneten Besuchsrechts obsiegen werden, erscheint es gerechtfertigt, die Kosten für das Beschwerdeverfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen.
23. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf CHF 1'000.00 bestimmt (Art. 46 Abs. 2 i.V.m. Art. 51 Abs. 1 Bst. a des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]) und mit dem von der Beschwerdeführerin vor oberer Instanz geleisteten Gerichtskostenvorschuss gleicher Höhe verrechnet. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin somit CHF 500.00 für vorgeschossene oberinstanzliche Gerichtskosten zu ersetzen.

Das Gericht entscheidet:

1. Es wird festgestellt, dass der Kammerentscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Biel/Bienne vom 1. Februar 2017 mit Ausnahme der Ziffern 4.b, 4.c und 11 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als die Ziffern 4.b, 4.c und 11 des Kammerentscheids der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Biel/Bienne vom 1. Februar 2017 aufgehoben und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.
3. Die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'000.00, werden je zur Hälfte, ausmachend CHF 500.00, der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner auferlegt. Die Verfahrenskosten werden mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss gleicher Höhe verrechnet. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin CHF 500.00 für vorgeschossene Gerichtskosten zu ersetzen.
4. Die Parteikosten des Beschwerdeverfahrens werden wettgeschlagen.
5. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin, vertreten durch Maître B. _____
 - dem Beschwerdegegner, vertreten durch Maître D. _____
 - der Vorinstanz

Mitzuteilen:

- (...)

Bern, 29. Juni 2017

Im Namen des Kindes- und
Erwachsenenschutzgerichts

Der Referent:

Oberrichter Hurni

Der Gerichtsschreiber:

Knecht

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Es ist darzulegen, dass der Zwischenentscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG). Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.