

**Obergericht
des Kantons Bern**

Kindes- und Erwachsenen-
schutzgericht

**Cour suprême
du canton de Berne**

Tribunal de la protection
de l'enfant et de l'adulte

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 06
Fax +41 31 634 50 53
Obergericht-Zivil.Bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

KES 19 465

Bern, 4. September 2019

Besetzung

Oberrichter D. Bähler (Referent), Oberrichterin Grütter und Ober-
richter Hurni
Gerichtsschreiberin Miescher

Verfahrensbeteiligte

A._____

Beschwerdeführerin

gegen

**Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Oberland
Ost**, Schloss 11, Postfach, 3800 Interlaken

Vorinstanz

Gegenstand

Anordnung einer Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2
ZGB

Ernennung von B._____, Sozialdienst C._____ zur Be-
rufsbeiständin

Beschwerde gegen den Entscheid der KESB Oberland Ost vom 5.
Juni 2019 (11592030/2017-5284)



Regeste:

Rechtliches Gehör / Heilung

Die Beschwerdeführerin wurde vor der ersten Instanz zu Unrecht nicht angehört: Obwohl die Beschwerdeführerin den Abklärungsbericht, in welchem die Kindesschutzmassnahme für ihren Sohn vorgeschlagen und ihr Einverständnis vermerkt wurde, unterzeichnet hatte, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie bei dem anlässlich der Abklärung – ohne Übersetzung – geführten Gespräch die Tragweite der Massnahme voll erfasste.

Keine Heilung des rechtlichen Gehörs vor der oberen Instanz im vorliegenden Fall, obwohl diese über die gleiche Überprüfungsbefugnis wie die erste Instanz verfügt

Erwägungen:

I.

1. A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist die Mutter von D._____ (geb. 31. Juli 2006) und E._____ (geb. 7. Juli 2015).

Am 11. April 2019 erstatteten die Sozialdienste C._____ bei der KESB Oberland Ost eine Gefährdungsmeldung betreffend E._____.

2. Mit verfahrensleitendem Entscheid vom 15. April 2019 eröffnete die KESB Oberland Ost in Sachen E._____ ein Kindesschutzverfahren und beauftragte die Sozialdienste C._____ mit der umfassenden Abklärung des Sachverhalts und der subsidiären Hilfeleistung (freiwillige Beratung/ Unterstützung) mit anschliessender Berichterstattung.
3. Nach Erhalt des Abklärungsberichts vom 15. Mai 2019 errichtete die KESB Oberland Ost mit Entscheid vom 5. Juni 2019 für E._____ eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] und ernannte B._____, Sozialdienste C._____, unter Beschreibung der Aufgaben zur Beiständin.
4. Gegen diesen Entscheid reichte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 20. Juni 2019 (Postaufgabe am selben Tag) Beschwerde beim Kindes- und Erwachsenenschutzgericht des Kantons Bern ein.
5. In ihrer Vernehmlassung vom 4. Juli 2019 beantragte die KESB Oberland Ost, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

II.

6. Für die Beschwerde gegen den Kammerentscheid der Vorinstanz 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]).
7. Das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz richtet sich nach den Bestimmungen gemäss Art. 450 ff. ZGB. Subsidiär gelangt kantonales Verfahrensrecht, nämlich Art. 65 ff. KESG, zur Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. d KESG). Dieses verweist seinerseits in Art. 72 KESG auf die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).
8. Da sich keine fachspezifischen Fragen stellen, folgt die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde durch drei hauptamtliche Richterinnen und Richter (Art. 45 Abs. 3 Satz 1 Bst. b des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG, BSG 161.1]).
9. Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist einzutreten.

III.

10. Die Beschwerdeführerin stammt ursprünglich aus den F._____, war lange in Italien und ist erst seit 2016 in der Schweiz. Sie ist im Gastgewerbe im Tieflohnbereich tätig (vgl. Abklärungsbericht der Sozialdienste C._____ vom 15. Mai 2019).
11. Gemäss Abklärungsbericht vom 15. Mai 2019 erklärte sich die Beschwerdeführerin gegenüber der abklärenden Sozialpädagogin mit der Massnahme (Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für ihren Sohn) einverstanden. Sie unterzeichnete auch den Abklärungsbericht („Bestätigung der Einsichtnahme“). Die KESB Oberland Ost verzichtete daraufhin auf eine Anhörung der Beschwerdeführerin.
12. Nach Erlass des Entscheids wandte sich die Beschwerdeführerin über eine Freundin an die KESB Oberland Ost, von der sie über die Beschwerdemöglichkeiten aufgeklärt wurde (Aktennotiz vom 19. Juni 2019 [Vorakten betr. E._____, Register 2]). Bereits vor diesem Gespräch hatte sie mit der Sozialpädagogin B._____ Kontakt aufgenommen und ein Gespräch mit der KESB Oberland Ost verlangt.

Die KESB Oberland Ost lud die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 19. Juni 2019 zu einem solchen Gespräch samt Übersetzung am 3. Juli 2019 ein (Vorakten, Register 2).
13. Mit Schreiben vom 24. Juni 2019 teilte die Beschwerdeführerin der KESB Oberland Ost mit, dass sie den Termin vom 3. Juli 2019 nicht wahrnehmen könne, weil sie am 20. Juni 2019 Beschwerde beim Kindes- und Erwachsenenschutzgericht erhoben habe (Vorakten, Register 2).
14. In ihrer Beschwerde machte die Beschwerdeführerin Folgendes geltend: «Ich A._____ erhebe Einspruch gegen den Entscheid. Aufgrund falsche(r) Darstellungen im Begründungsschreiben. Die KESB hat mir keinen Anhörungs-Termin ge-

geben. Niemand hat mir erklärt um was es geht. Ich habe das nicht verstanden. Ich habe nach einem Dolmetscher (Italienisch) gefragt, aber das wurde mir verwehrt.»

15. Soweit die Beschwerdeführerin die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts rügte, führte die KESB Oberland Ost in ihrer Vernehmlassung vom 4. Juli 2019 aus, sie habe im angefochtenen Entscheid den Inhalt der Gefährdungsmeldung der Sozialdienste C._____ vom 11. April 2019 wiedergegeben und es handle sich hierbei nicht um eine aktenwidrige Feststellung. Zum Einwand der Beschwerdeführerin, wonach sie nicht angehört worden sei, hielt die KESB Oberland Ost fest, wie dem Abklärungsbericht der Sozialdienste C._____ vom 15. Mai 2019 entnommen werden könne, seien die Ergebnisse der Sachverhaltsabklärung mit der Beschwerdeführerin besprochen worden und sie habe die Möglichkeit der Einsichtnahme in den Abklärungsbericht gehabt. Weiter habe sich die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang mit den dort vorgeschlagenen Kindesschutzmassnahmen einverstanden gezeigt. Hinweise, wonach es im Rahmen der Sachverhaltsabklärung durch die Sozialdienste C._____ eines Dolmetschers bedurft hätte oder dies von der Beschwerdeführerin verlangt worden wäre, würden nicht vorliegen. Einzig die Beiständin habe im Hinblick auf die Einladung der Vorinstanz vom 19. Juni 2019 für ein Gespräch am 3. Juli 2019 um den Beizug eines Dolmetschers gebeten, was organisiert worden sei. Sinn und Zweck der persönlichen Anhörung sei es, insbesondere die Persönlichkeits- und Mitwirkungsrechte der betroffenen Person, d.h. hier der Kindsmutter, zu wahren und im Rahmen der Sachverhaltsabklärung (u.a.) einen persönlichen Eindruck von ihr zu erhalten. Die Beschwerdeführerin und ihre Söhne seien der KESB Oberland Ost seit dem Jahre 2016 bekannt. Die KESB begleite seither die verschiedenen Kindesschutzmassnahmen und habe die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang mehrmals persönlich angehört, letztmals am 2. August 2017. Im Rahmen der aktuellen Sachverhaltsabklärungen durch die Sozialdienste C._____ hätten bereits Unterstützungsmassnahmen, namentlich eine Familienbegleitung, aufgeleistet werden können. Im Abklärungsbericht der Sozialdienste C._____ vom 15. Mai 2019 werde festgehalten, dass die Beschwerdeführerin die Familienbegleitung schätze, mit einer Beistandschaft für E._____ einverstanden sei, und dass sich das Familienklima während der Abklärung zunehmend entspannt habe. Vor diesem Hintergrund erscheine eine persönliche Anhörung der Kindsmutter unverhältnismässig und angesichts ihres belasteten Eindrucks vom behördlichen Kindesschutz gar als kontraproduktiv. Die KESB Oberland Ost habe insofern beabsichtigt, die positive Entwicklung in der Familie und deren konstruktive Zusammenarbeit mit der Beiständin und der Familienbegleitung nicht zu gefährden, und habe in der Folge aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf eine persönliche Anhörung der Beschwerdeführerin verzichtet. Nachdem ihr allerdings seitens der Beiständin gemeldet worden sei, dass sich die Beschwerdeführerin ein klärendes Gespräch wünsche, sei diese zu einem solchen eingeladen worden. Sie habe jedoch mitgeteilt, dass sie den Gesprächstermin nicht wahrnehmen könne, da sie Beschwerde erhoben habe.

IV.

16. Ein Recht auf mündliche Anhörung folgt im Verfahren vor der Kindes- respektive Erwachsenenschutzbehörde aus Art. 314a ZGB (für das Kind) respektive Art. 447 ZGB (für die betroffene erwachsene Person). 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 (Urteil des Bundesgerichts 5A_543/2014 vom 17. März 2015 E. 2.1). Eine Anhörung gemäss Art. 447 Abs. 1 ZGB findet jedoch nur dann statt, wenn diese nicht unverhältnismässig erscheint (Art. 447 Abs. 1 ZGB). Das Recht auf Anhörung stellt einen Teilbereich des rechtlichen Gehörs dar.

Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör, d.h. sie haben das Recht, sich vor dem Erlass des Entscheides (mindestens schriftlich) zu sämtlichen entscheiderelevanten Sachfragen und Beweisergebnissen zu äussern und ihre Sichtweise in das Verfahren einzubringen (BGE 132 II 485 E 3.2 S. 494). Aus dem rechtlichen Gehör fliesst der Anspruch der Parteien auf Teilnahme an der Abklärung des Sachverhalts (s. statt vieler BGE 135 V 465 E. 4.3.2 S. 469). Die gerichtliche Entscheidung darf nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse berücksichtigen, zu denen die Parteien Stellung nehmen konnten (HURNI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Band I, 2012, N. 37 zu Art. 53, s. auch Art. 22 und 24 VRPG).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur und seine Verletzung führt grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung bzw. des angefochtenen Entscheids. Dies gilt unabhängig davon, ob die Gehörsverletzung einen Einfluss auf das Ergebnis hatte (MÜLLER, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 2011, S. 67).

17. Vorliegend hat zwar die Beschwerdeführerin den Abklärungsbericht der Sozialdienste C._____ vom 15. Mai 2019, in dem die Massnahme vorgeschlagen und ihr Einverständnis vermerkt wurde, unterzeichnet, und war sie schon früher von einer analogen Massnahme betroffen. Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass sie bei diesem – ohne Übersetzung geführten – Gespräch die Tragweite der Massnahme voll erfasste. Ihre Deutschkenntnisse dürften im Alltag und Beruf ausreichen, nicht aber in einem Verfahren vor Behörden. Die Beschwerdeführerin hatte somit nicht die Möglichkeit, ihre Sicht der Dinge betreffend die Errichtung der Beistandschaft für ihren Sohn E._____ zu äussern und an der Sachverhaltserhebung teilzunehmen. Es wäre deshalb erforderlich gewesen, dass die KESB Oberland Ost die Beschwerdeführerin unter Beizug einer Übersetzung anhört.

Die KESB wollte dies denn auch nach Erlass des Entscheids nachholen, was die Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt hätte, denn die KESB kann bis zu ihrer

Vernehmlassung ihren Entscheid in Wiedererwägung ziehen (vgl. Art. 450d Abs. 2 ZGB und Art. 72 KESG i.V.m. Art. 71 Abs. 1 VRPG).

Dass die Beschwerdeführerin den Termin bei der KESB Oberland Ost unter Hinweis auf ihre Beschwerde absagte, kann jedoch nicht als Verzicht auf die Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs ausgelegt werden, da davon auszugehen ist, dass ihr die Möglichkeit der Wiedererwägung durch die KESB während des hängigen Beschwerdeverfahrens nicht bekannt war und sie demzufolge nachvollziehbar annahm, nach Einleitung des Beschwerdeverfahrens fehle es der KESB an der Zuständigkeit zum Führen eines Gesprächs. Demnach verletzt der angefochtene Entscheid das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin.

18. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausnahmsweise 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 abzu- sehen, 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 (zum Ganzen BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f. mit Hinweisen; 132 V 387 E. 5.1 S. 390). Gestützt auf diese Grundsätze geht das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht bei vorinstanzlichen Gehörmängeln häufig davon aus, dass diese im Beschwerdeverfahren geheilt werden. Ausnahmen bestehen dort, wenn es namentlich um die einschneidende Regelung von Kinderbelangen in einem Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutz- behörde geht (bspw. bei der Anhörung gemäss Art. 447 Abs. 1 ZGB). Dort ist es nach Auffassung des Bundesgerichts grundsätzlich unabdingbar, dass bereits die Erstinstanz einen persönlichen Eindruck von den Eltern gewinnt und nicht bloss einen Aktenentscheid fällt (s. Urteil des Bundesgerichts 5A_2/2016 vom 28. April 2016 E. 2.2. und 2.3. am Ende). Verschafft sich erst der oberinstanzliche Spruchkörper diesen persönlichen Eindruck, ist damit ein verfahrensrechtlich problematischer Verlust einer Rechtsmittelinstanz verbunden.
19. Vorliegend kommt eine Heilung im obgenannten Sinne nicht in Frage. Zwar verfügt das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht über die gleiche Überprüfungsbefugnis wie die Vorinstanz (Art. 450a Abs. 1 ZGB). Um selbst einen Entscheid in der Sache treffen zu können, müsste das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht jedoch allenfalls weitere Sachverhaltsabklärungen vornehmen, da die Beschwerdeführerin sinngemäss die unrichtige Feststellung des Sachverhalts rügt. Gegen den Entscheid des in materieller Hinsicht als erste Instanz urteilenden Gerichts stünde der Beschwerdeführerin 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 ginge damit

nicht nur eine Instanz verloren, sondern es fände auch keine volle Überprüfung des Sachverhalts durch eine zweite Instanz statt. Auch im Hinblick auf das Kindeswohl drängt sich die erneute Beurteilung durch die sich näher am Sachverhalt befindliche Fachbehörde auf.

20. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der Entscheid der Vorinstanz vom 5. Juni 2019 aufzuheben. Die Sache ist zur Gewährung des rechtlichen Gehörs unter Beizug einer Übersetzung und anschliessender Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

V.

21. In den Verfahren betreffend Kindesschutzmassnahmen werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 70 Abs. 3 lit. d KESG).
22. Der Vorinstanz ist kein Parteikostenersatz zuzusprechen (Art. 104 Abs. 3 VRPG).

Das Gericht entscheidet:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Oberland Ost vom 5. Juni 2019 wird aufgehoben. Die Sache wird zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs unter Beizug einer Übersetzung und zur anschliessenden Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben und kein Parteikostenersatz gesprochen.
3. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin
 - der Vorinstanz

Mitzuteilen:

- dem Kantonalen Jugendamt, Gerechtigkeitsgasse 81, 3011 Bern

Bern, 4. September 2019

Im Namen des Kindes- und
Erwachsenenschutzgerichts

Der Referent:

Oberrichter D. Bähler

Die Gerichtsschreiberin:

Miescher

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid 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; SR173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.

