

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 22 498

Bern, 18. April 2023

Besetzung

Oberrichterin Sanwald (Referentin), Oberrichter Bettler und Ober-
richter Studiger
Gerichtsschreiber Neuenschwander

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwältin B. _____
Berufungsklägerin

gegen

C. _____
vertreten durch Fürsprecher und Notar D. _____
Gesuchsgegner/Berufungsbeklagter

E. _____
vertreten durch Fürsprecher Dr. F. _____
Gesuchstellerin/Berufungsbeklagte

Gegenstand

Eheschutz (Kindsvertretung)

Berufung gegen den Entscheid des Regionalgerichts Bern-
Mittelland vom 14. November 2022 (CIV 22 12)



Regeste:

Kindsvertretung

Umgang mit einem Antrag eines erstinstanzlich nicht vertretenen Kindes auf Einsetzung einer Kindsvertretung (Art. 299 Abs. 3 ZPO) nach Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids (E. 5.2)

«Wichtige» Frage des persönlichen Verkehrs im Sinne von Art. 300 Bst. c ZPO (E. 6)

Fehlende Befugnis des Kindes zur selbständigen Anfechtung der Besuchsregelung (E. 7 und 8)

Erwägungen:

1. E._____ (geb. 1977; nachfolgend Berufungsbeklagte) und C._____ (geb. 1973; nachfolgend Berufungsbeklagter) heirateten im Mai 2007. Sie sind die Eltern von G._____ (geb. 2006) und A._____ (geb. 2008; nachfolgend Berufungsklägerin).
2.
 - 2.1 Am 31. Dezember 2021 reichte die Berufungsbeklagte beim Regionalgericht Bern-Mittelland ein Eheschutzgesuch ein. Sie beantragte namentlich, die Kinder seien unter ihre alleinige Obhut zu stellen und unterbreitete – für den Fall des Fehlens einer einvernehmlichen Lösung – einen Vorschlag für die Regelung des Kontaktrechts des Berufungsbeklagten (pag. 1 ff.).
 - 2.2 In seiner Stellungnahme vom 21. Februar 2022 beantragte der Berufungsbeklagte seinerseits, die gemeinsamen Kinder seien für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts unter die alternierende Obhut zu stellen, wobei sich ihr zivilrechtlicher Wohnsitz bei ihm befinden solle. Auch der Berufungsbeklagte unterbreitete dem Gericht einen Vorschlag bezüglich der Betreuungsanteile, falls sich die Parteien nicht anderweitig einigen sollten (pag. 39 ff.).
 - 2.3 Anlässlich der Gesuchsverhandlung im Eheschutzverfahren einigten sich die Berufungsbeklagten über den Trennungszeitpunkt, die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft, den Kinder- und den Ehegattenunterhalt, die bestehenden Steuerausstände, die provisorische Aufteilung des Mobiliars sowie über die Gerichts- und Parteikosten des Eheschutzverfahrens. Diese Einigung hielten sie in einer Trennungsteilvereinbarung fest (pag. 105 f.). Hinsichtlich der Obhuts- und Betreuungsregelung der gemeinsamen Kinder konnten die Parteien keine Einigung erzielen. Nach einer zwischenzeitlichen Sistierung des Verfahrens nahm das Regionalgericht das Verfahren wieder auf und hörte die Kinder (insgesamt zweimal) an.
 - 2.4 Mit Eheschutzentscheid vom 14. November 2022 genehmigte das Regionalgericht die zwischen den Parteien geschlossene Trennungsteilvereinbarung. Es belass die beiden Kinder für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts unter der gemeinsamen elterlichen Sorge, mit alternierender Obhut und Wohnsitz der Kinder bei ihrer Mutter. Für die Anteile der Eltern an der Betreuung der beiden Kinder sah

das Regionalgericht die folgende Regelung vor: der Berufungsbeklagte betreue die Kinder jeweils am Dienstag (Schulschluss) bis Mittwoch (Schulbeginn), am Donnerstag (Schulschluss) bis Freitag (Schulbeginn) sowie in den geraden Wochen von Samstag (10.00 Uhr) bis Montag (Schulbeginn). In der übrigen Zeit würden die Kinder von der Berufungsbeklagten betreut. Für die Zeit während der Schulferien und der Feiertage sah das Regionalgericht die hälftige Betreuung durch beide Elternteile vor (Ziff. 3 des regionalgerichtlichen Dispositivs). Die Gerichtskosten auferlegte es den Eltern zu gleichen Teilen und verpflichtete sie vereinbarungsgemäss zur Tragung ihrer eigenen Parteikosten (pag. 185 ff.).

- 2.5 Gegen diesen Entscheid hat die Berufungsklägerin am 25. November 2022 beim Obergericht des Kantons Bern Berufung eingelegt beziehungsweise durch Rechtsanwältin B._____ Berufung einlegen lassen. Sie beantragt die Neuregelung des «persönlichen Verkehrs» zum Berufungsbeklagten. Konkret solle ihm das Recht und die Pflicht eingeräumt werden, sie jeweils von Dienstagabend (Schulschluss) bis Mittwoch (Schulbeginn), von Donnerstagabend (Schulschluss) bis Freitagmorgen (Schulbeginn) sowie jeden Sonntag (10:00 Uhr) bis Montagmorgen (Schulbeginn) zu betreuen. In der übrigen Zeit sei sie von ihrer Mutter zu betreuen. Die Berufungsklägerin ersuchte weiter um Beiordnung von Rechtsanwältin B._____ als Kindsvertreterin, eventualiter sei ihr Rechtsanwältin B._____ als amtliche Rechtsbeistandin zur Seite zu stellen (pag. 213 ff.).
- 2.6 In ihrer Berufungsantwort vom 19. Dezember 2022 beantragte die Berufungsbeklagte, die Berufung sei gutzuheissen und die Kosten des Berufungsverfahrens seien dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen (pag. 247 ff.).
- 2.7 Der Berufungsbeklagte seinerseits beantragte in seiner Berufungsantwort vom 19. Dezember 2022, die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Kosten seien ihm und der Berufungsbeklagten je hälftig zur Bezahlung aufzuerlegen (263 ff.).
- Diese Rechtsbegehren bestätigte der Berufungsbeklagte in seiner Replik vom 28. Dezember 2022 (pag. 295 ff.).
- 2.8 Als Reaktion auf die Replik des Berufungsbeklagten verfasste die Berufungsbeklagte persönlich ein Schreiben, das sie dem Obergericht am 18. Januar 2023 über ihre Vertretung zukommen liess (pag. 32; Beilage zur Eingabe vom 18. Januar 2023).
- 2.9 Am 19. Januar 2023 beantragte der Berufungsbeklagte, die Eingabe der Berufungsbeklagten vom 18. Januar 2023, inklusive dem persönlichen Schreiben der Berufungsbeklagten vom 17. Januar 2023, sei aus den Akten zu weisen (pag. 327 f.).
- Dazu nahm die Berufungsbeklagte am 27. Januar 2023 Stellung (pag. 331 f.).
- 2.10 Mit Schreiben vom 30. Januar 2023 beantragte Rechtsanwältin B._____, die Berufungsklägerin sei im Berufungsverfahren persönlich durch das Obergericht anzuhören (pag. 345 f.).

Diesen Antrag wies die Instruktionsrichterin mit begründeter Verfügung vom 14. Februar 2023 ab. Weiter stellte sie den schriftlichen Entscheid in Aussicht (pag. 348 f.).

II. Formelles allgemein

3.

3.1 In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Angefochten ist vorliegend ein Entscheid in einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit, womit die Berufung offensteht (Art. 308 Abs. 2 ZPO e contrario).

3.2 Die Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern sind für die Beurteilung der mit Berufung weitergezogenen Entscheide zuständig (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1] und Art. 28 Abs. 1 Bst. a des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Die Entscheidfindung erfolgt in Dreierbesetzung (Art. 3 ZPO i.V.m. Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

4.

4.1 Der Berufungsbeklagte beantragt sinngemäss, das von der Berufungsbeklagten persönlich verfasste Schreiben vom 17. Januar 2023 sowie das Begleitschreiben ihres Vertreters vom 18. Januar 2023 hätten im Berufungsverfahren unberücksichtigt zu bleiben. Er begründet dies einerseits damit, dass die Ausführungen der Berufungsbeklagten nicht das Prozessthema betreffen. Andererseits beziehe sich die Stellungnahme der Berufungsbeklagten inhaltlich auf seine Berufungsantwort vom 19. Dezember 2022, welche der Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 20. Dezember 2022 zugestellt worden sei. Das Replikrecht sei umgehend auszuüben. Indem die Berufungsbeklagte 28 Tage zugewartet habe, sei ihre Reaktion verspätet (pag. 327 f.).

4.2 Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör. Dies ergibt sich für den Zivilprozess aus Art. 53 ZPO. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst mitunter das Recht jeder Partei, zu allen von der Gegenpartei eingereichten Eingaben Stellung zu nehmen, unabhängig von ihrer Bezeichnung oder ihrer prozessualen Bedeutung. Die Wahrnehmung dieses Rechts setzt voraus, dass das Gericht den Parteien die entsprechenden Dokumente zur Kenntnis bringt und ihnen genügend Zeit lässt, allfällige Bemerkungen einzureichen. Das Recht eine Stellungnahme einzureichen gilt auch dann, wenn das Gericht den Parteien hierfür keine explizite Frist ansetzt (BGE 143 II 48 E. 4.1). In einer etwas allgemeineren Formulierung hielt das Bundesgericht fest, dass in diesem Fall (fehlen einer Fristansetzung) jedenfalls vor Ablauf von zehn Tagen nicht, hingegen nach 20 Tagen von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden dürfe (Urteil des BGer 1B_407/2012 E. 2.2).

- 4.3 Bei der Zehntagesfrist, von der im Sinne einer verallgemeinerten Faustregel in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Rede ist, handelt es sich um eine Warte-
frist, vor deren Ablauf das Gericht keinen Entscheid fällen darf. Ein Anspruch der
Gegenseite, dass eine nach dieser Frist eingereichte Stellungnahme automatisch
keine Berücksichtigung mehr finden dürfte, lässt sich daraus aber – entgegen der
Ansicht des Berufungsbeklagten – nicht ableiten (Urteil des BGer 5D_81/2015 vom
4. April 2016 E. 2.3.4.). Wie der Berufungsbeklagte weiter selber vorbringt, bezieht
sich die Stellungnahme der Berufungsbeklagten auf seine Replik vom 19. Dezem-
ber 2022. Soweit die Ausführungen im Schreiben der Berufungsbeklagten am Pro-
zessthema vorbeigehen sollten, müsste dies auch auf seine Replik zutreffen. Ein
Grund, die Eingabe der Berufungsbeklagten vom 17. Januar 2023 aus den Akten
zu weisen, ist nicht ersichtlich. Der Antrag wird abgewiesen.

III. Beiordnung einer Kindsvertretung im Berufungsverfahren

5.

- 5.1 Das Gericht ordnet wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als
Beiständin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene
Person (Art. 299 Abs. 1 ZPO). Es prüft die Anordnung insbesondere, wenn die El-
tern bezüglich Zuteilung der elterlichen Sorge oder Obhut, wichtiger Fragen des
persönlichen Verkehrs, der Aufteilung der Betreuung oder des Unterhaltsbeitrags
unterschiedliche Anträge stellen (Art. 299 Abs. 2 Bst. a ZPO). Beim Entscheid über
die Anordnung der Kindsvertretung handelt es sich um einen Ermessensentscheid
des Gerichts, bei dem es die auf dem Spiel stehenden Interessen gegeneinander
abwägen muss (Urteil des BGer 5A_459/2015 vom 13. August 2015 E. 5.1). Kein
Ermessen bleibt dem Gericht, wenn das urteilsfähige Kind die Einsetzung einer
Kindsvertretung beantragt (Art. 299 Abs. 3 ZPO). In diesem Fall ist eine solche
zwingend anzuordnen (BGE 142 III 153 E. 5.1.1; Urteil des BGer 5A_232/2016
vom 6. Juni 2016 E. 4). Dem Gericht bleibt diesfalls nur die Prüfung der Urteils-
fähigkeit (MICHEL/STECK, in: Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 8 zu Art. 299
ZPO; SPYCHER, in: Berner Kommentar ZPO, Band II, 2012, N. 12 zu Art. 299 ZPO;
SUTTER-SOMM/SEILER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2021, N. 6 zu
Art. 299 ZPO).

5.2

- 5.2.1 Nicht einheitlich beantwortet wird in der Lehre die Frage, ob dem Antrag des Kin-
des auf Einsetzung einer Vertretung auch nach der Eröffnung des erstinstanzlichen
Entscheids stattzugeben ist (bejahend SCHWEIGHAUSER, in: FamKomm Scheidung,
Band II, 4. Aufl. 2022, N. 30 zu Art. 299 ZPO; DERSELBE, in: Schulthess-
Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2016 N. 22 zu Art. 299 ZPO; MICHEL/STECK, in: Basler
Kommentar ZPO, a.a.O., N. 37 zu Art. 299 ZPO; ablehnend JOSI, Rechtsmittel des
urteilsfähigen Kindes gegen Entscheide in eherechtlichen Verfahren auch ohne
Vertretung?, FamPra.ch 2012, S. 519 ff., Ziff. IV.6, S. 533 f.). Auch nach der
grundsätzlich ablehnenden Haltung von JOSI muss es dem erstinstanzlich nicht
vertretenen Kind möglich sein, den Entscheid nachträglich in Frage zu stellen,
wenn ihm nicht vorzuwerfen ist, dass es während des erstinstanzlichen Verfahrens

keine Vertretung beantragt hat. In diesem Fall sei es so zu stellen, wie wenn es vor Beendigung des Verfahrens eine Kindsvertretung beantragt hätte, da ihm aus dem Umstand, dass es im Verfahren zu Unrecht nicht vertreten gewesen sei, kein Rechtsnachteil erwachsen dürfe (JOSI, a.a.O., Ziff. V. 2. und 3, S. 535 f.).

- 5.2.2 Gleich wie bei einem Kind, das (mangels Anhörung) vom Verfahren zwischen seinen Eltern gar keine Kenntnis hatte, muss auch bei einem Kind, das nicht über die Möglichkeit informiert wurde, sich über eine Kindsvertretung in das Verfahren einzubringen, von einer entschuldbaren Nichtteilnahme am erstinstanzlichen Verfahren ausgegangen werden. Die Berufungsklägerin wurde erstinstanzlich zweimal persönlich angehört und war sich des zwischen ihren Eltern hängigen Verfahrens bewusst. Dass sie anlässlich dieser Befragungen oder an anderer Stelle über die Möglichkeit informiert worden wäre, sich durch eine Kindsvertretung vertreten zu lassen, lässt sich den Akten nicht entnehmen und wird von den Parteien auch explizit nicht behauptet. Vor diesem Hintergrund wäre es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar, ihr die Beiordnung der Kindsvertretung mit dem Argument zu verwehren, sie habe am bisherigen Verfahren nicht teilgenommen. Es erscheint vielmehr geboten, das Kind gleich zu stellen, wie wenn es seinen Antrag schon im erstinstanzlichen Verfahren gestellt hätte. Anders als vom Berufungskläger angedeutet (Rz. 6 f. der Berufungsantwort, pag. 265 f.), hat die Beiordnung der Kindsvertretung in dieser Konstellation unabhängig von der Bedeutung zu erfolgen, die dem Streitgegenstand im Rechtsmittelverfahren aus objektiver Sicht beizumessen ist (diese beschränkt indessen unter Umständen das Tätigkeitsfeld der Kindsvertretung, vgl. dazu E. 6 unten). Ohnehin lässt sich diese Bedeutung oftmals erst den Ausführungen entnehmen, welche die Kindsvertretung selber im oberinstanzlichen Verfahren macht. Steht – wie vorliegend – in Frage, ob seitens des Kindes beziehungsweise der Kindsvertretung aufgrund der Bedeutung der Streitsache überhaupt ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, bedarf das Kind auch in dieser Hinsicht persönlicher und juristischer Unterstützung, weshalb sich die Anordnung der Kindsvertretung umso mehr rechtfertigt.

IV. Kompetenzen der Kindsvertretung und des Kindes zur Ergreifung einer Berufung

6.

- 6.1 Die **Vertretung des Kindes** kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen, soweit es um die Zuteilung der elterlichen Sorge, die Zuteilung der Obhut, wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs, die Aufteilung der Betreuung, den Unterhaltsbeitrag oder um Kindesschutzmassnahmen geht (Art. 300 ZPO). Das Recht der Kindsvertretung, Anträge zu stellen und ein Rechtsmittel einzulegen, betrifft somit jene Themenbereiche, in denen das Gericht seine Entscheidung einer allfälligen Beistandsperson eröffnen (Art. 301 Bst. c ZPO) und in denen es (namentlich) die Einsetzung einer Vertretung prüfen muss (Art. 299 Abs. 2 ZPO).
- 6.2 Wann eine Frage des persönlichen Verkehrs «wichtig» im Sinne von Art. 299 Abs. 2 Bst. a Ziff. 3 ZPO beziehungsweise Art. 300 Bst. c ZPO oder Art. 301 Bst. c Ziff. 3 ZPO ist, orientiert sich nicht am subjektiven Empfinden des betroffenen Kin-

des, sondern an einem objektiven Massstab (STALDER/VAN DE GRAAF, in: Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl. 2021, N. 5 zu Art. 299 ZPO; SCHWEIGHAUSER, in: FamKomm, a.a.O., N. 22 zu Art. 299 ZPO; DERSELBE, in: Schulthess-Kommentar ZPO, a.a.O., N. 16 zu Art. 299 ZPO; SUTTER-SOMM/SEILER, Handkommentar, a.a.O., N. 5 zu Art. 299; PFÄNDER BAUMANN, in: DIKE-Kommentar-ZPO, 2. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 299 ZPO). Vorausgesetzt wird eine Besuchsrechtsstreitigkeit von derartiger Intensität, dass auch nach allgemeinen Kriterien von einem schweren Fall auszugehen ist. Dies ist vorab dann der Fall, wenn das Besuchsrecht überhaupt verweigert oder entzogen wird oder eine Einschränkung desselben im Raum steht, mit der das übliche Mass erheblich unterschritten würde (SCHWEIGHAUSER, in: FamKomm, a.a.O., N. 22 zu Art. 299 ZPO; DERSELBE, in: Schulthess-Kommentar ZPO, a.a.O., N. 16 zu Art. 299 ZPO; SPYCHER, in: Berner Kommentar ZPO, a.a.O., N. 5 zu Art. 299 ZPO; SUTTER-SOMM/SEILER, Handkommentar, a.a.O., N. 8 zu Art. 300 ZPO). Eine solch erhebliche Unterschreitung des üblichen Masses wird beispielhaft angenommen, wenn einem Elternteil nur ein begleitetes Besuchsrecht eingeräumt oder auf eine Betreuungsregelung während der Ferienzeit verzichtet wird (GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 2 zu Art. 300 ZPO). Keine wichtige Frage im Sinne der eingangs erwähnten Bestimmungen soll dagegen etwa vorliegen, wenn es darum geht, an welchen Tagen das Besuchsrecht konkret ausgeübt wird oder wenn bloss untergeordnete zeitliche Abweichungen bestehen (der Besuchsbeginn also beispielsweise auf Freitagabend statt Samstagmittag festgesetzt wird, PFÄNDER BAUMANN, in: DIKE-Kommentar-ZPO, a.a.O., N. 3 zu Art. 299 ZPO; GASSER/RICKLI, Kurzkommentar, a.a.O., N. 2 zu Art. 300 ZPO).

6.3

- 6.3.1 Der vorliegend zu beurteilende Streit dreht sich darum, ob die Berufungsklägerin ihr Besuchsrecht am Wochenende – wie von ihr beantragt – künftig hälftig bei beiden Eltern verbringen kann (davon Sonntag ab 10.00 Uhr bis Montagmorgen Schulbeginn beim Berufungsbeklagten), oder ob sie abwechselnd jeweils ein ganzes Wochenende (Samstag ab 10.00 Uhr bis Montagmorgen Schulbeginn) bei einem Elternteil verbringen muss, wie dies das Regionalgericht entschieden hat. Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass sich die Zeitspanne, welche die Berufungsklägerin über zwei Wochen gesehen insgesamt mit ihrer Mutter und ihrem Vater verbringt, nicht verändert. Der einzige Unterschied besteht in den längeren Zeitabschnitten, die sie bei der vom Regionalgericht vorgesehenen Regelung mit jedem Elternteil am Stück verbringt.
- 6.3.2 Entsprechend anerkennt die Kindsvertreterin, dass es sich bei der von ihr beantragten Änderung aus der Sicht eines Dritten um eine marginale Änderung handeln möge (Rz. 10 der Berufung, pag. 221 f.). Sie führt indessen weiter aus, die Berufungsklägerin habe ihren Wunsch, das Wochenende wie bis anhin jeweils hälftig bei beiden Elternteilen zu verbringen, bereits vor dem Regionalgericht deutlich geäußert und könne nicht nachvollziehen, wie man davon habe abweichen können. Für die Berufungsklägerin habe die vom Regionalgericht getroffene Regelung signifikante Auswirkungen. So gehe die Berufungsklägerin an jenen Tagen, die sie [unter der Woche] bei ihrer Mutter verbringe auch ihren Hobbys nach und könne

daher von Montag bis Freitag nicht viel Qualitätszeit mit ihr verbringen. Weil sich die Berufungsklägerin ihrer Mutter etwas stärker verbunden fühle als ihrem Vater, sei ihr die gemeinsame Zeit mit ihr sehr wichtig. Falls nun die regionalgerichtlich vorgesehene Regelung aufrechterhalten würde, hätte dies zur Folge, dass sie nur noch jede zweite Woche Qualitätszeit mit ihrer Mutter verbringen könne. Überdies habe die Mutter ein Pferd, das auch die Berufungsklägerin reite. Dieses könne sie jeweils nur am Samstag besuchen, wenn sie frei habe und bei ihrer Mutter sei. Falls die Wochenenden alternierend stattfänden, hätte sie nur noch alle zwei Wochen die Möglichkeit, Zeit mit dem Pferd zu verbringen, was sie auf keinen Fall wolle, zumal ihr die Zeit mit dem Pferd mehr Spass mache als Unternehmungen, die sie an den Samstagen mit ihrem Vater – der seine gemeinsamen Interessen eher mit ihrem Bruder teile – machen könne (Rz. 10 der Berufung, pag. 221 f.).

- 6.3.3 Aus den Ausführungen der Kindsvertreterin geht hervor, weshalb die Berufungsklägerin die von ihr beantragte Aufteilung der Wochenenden bevorzugen würde und dass sie mit der vom Regionalgericht getroffenen Regelung nicht einverstanden ist. Bei den vorgebrachten Gründen handelt es sich indessen lediglich um die (subjektiven) Wünsche der Berufungsklägerin. Inwiefern die von ihr beantragte Besuchsregelung bei einem objektiven Massstab signifikant von der regionalgerichtlichen Regelung abweichen würden, tut sie dagegen nicht dar. Dies ist angesichts der insgesamt gleichbleibenden Betreuungsanteile auch nicht ersichtlich. Die von der Berufungsklägerin aufgeworfene Frage des persönlichen Verkehrs ist nach dem Gesagten nicht als «wichtig» im Sinne von Art. 300 Bst. c ZPO zu qualifizieren, weshalb die Kindsvertretung in diesem Punkt keine Anträge stellen und kein Rechtsmittel ergreifen kann.

7.

- 7.1 In ihrem Eventualantrag beantragt die Berufungsklägerin, Rechtsanwältin B._____ sei ihr als unentgeltliche Rechtsbeiständin zur Seite zu stellen. Dies würde voraussetzen, dass die **Berufungsklägerin selbstständig** zur Ergreifung eines Rechtsmittels befugt wäre, worauf im Folgenden näher einzugehen ist.

7.2

- 7.2.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Kind im Scheidungsprozess seiner Eltern weder Nebenpartei noch Gegenpartei. Es erlangt vielmehr eine prozessuale Stellung eigener Art. Das Kind wird somit nur in formeller, nicht aber materieller Hinsicht als Partei begriffen (BGE 142 III 153 E. 5.2.2). Dies gilt auch für den Eheschutzprozess (Urteil des BGer 5A_721/2018 vom 6. Juni 2019 E. 2.4.1).
- 7.2.2 Das Eheschutz- beziehungsweise das Scheidungsverfahren dreht sich aber nicht nur um die Beziehung der Eltern; es wird auch über die Rechte des Kindes entschieden. Dabei beschränken sich die materiellen Rechtskraftwirkungen des entsprechenden Urteils subjektiv nicht auf die formellen Prozessparteien (die Eltern), sondern erfassen gleichfalls auch das nicht als Partei beteiligte Kind (ZOGG, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, FamPra.ch 2017, S. 404 ff., S. 435 f.). Dem Kind werden daher gewisse Rechte zugestanden, die den Rechten einer Partei ähneln. So hat das Kind das Recht, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegensprechen, persönlich angehört zu werden (Art. 298 Abs. 1

ZPO). Wird ihm die Anhörung verweigert, kann das urteilsfähige Kind die Verweigerung mit Beschwerde anfechten (Art. 298 Abs. 3 ZPO). Zudem sind einem Kind, welches das 14. Altersjahr vollendet hat, Entscheide in eherechtlichen Verfahren seiner Eltern zu eröffnen (Art. 301 Bst. b ZPO).

- 7.2.3 Neben diesen unmittelbaren Rechten des Kindes wurden vom Gesetzgeber verschiedene Vorkehrungen zur Wahrung des Kindeswohls getroffen. Zunächst wird dem Gericht mit der Anwendung der Official- und der strengen Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO) in familienrechtlichen Angelegenheiten eine besondere Verantwortung übertragen. Es hat die Rechte des Kindes stets von Amtes wegen in seine Entscheidung einzubeziehen. Weil das Gericht das Kindeswohl aber nicht immer ausschliesslich gestützt auf eigene Wahrnehmungen formulieren, gewichten und umsetzen kann und weil sich die einschlägigen Lebensverhältnisse nur dann zuverlässig feststellen lassen, wenn die Beteiligten – insbesondere die Eltern – aktiv an deren Abklärung mitwirken (was in gewissen Konstellationen nicht ohne Einschränkungen zu erwarten ist), müssen die relevanten Verhältnisse in bestimmten Fällen von einer Drittperson abgeklärt und zuhanden des Gerichts beschrieben werden können; deshalb wurde die Möglichkeit einer gerichtlich angeordneten Kindsvertretung geschaffen (Art. 299 f. ZPO; ZOGG, a.a.O., S. 436 f.). Beantragt das urteilsfähige Kind eine Vertretung, ist diese anzuordnen (dazu bereits E. 5 oben). Eine Nichtanordnung kann es selbständig mit Beschwerde anfechten (Art. 299 Abs. 3 ZPO).
- 7.2.4 Für den Fall, dass das Kind mit einem im eherechtlichen Verfahren seiner Eltern gefällten Entscheid nicht einverstanden ist, sieht das Gesetz – anders als bei der Verweigerung der Anhörung beziehungsweise der beantragten Kindsvertretung (Art. 298 Abs. 3 und Art. 299 Abs. 3 ZPO) – kein Rechtsmittel vor, das es selber ergreifen könnte. Ein solches Recht ist nach dem Gesetzeswortlaut der Kindsvertretung vorbehalten und beschränkt sich auf die in Art. 300 ZPO genannten Bereiche. Ob auch das Kind neben der Kindsvertretung (gegebenenfalls mit einem Rechtsbeistand) selbstständig zur Ergreifung eines Rechtsmittels berechtigt ist, wird in der Lehre kontrovers diskutiert (verneinend JOSI, a.a.O., Ziff. VI, S. 536; SPYCHER, in: Berner Kommentar, a.a.O., N. 6 zu Art. 301 ZPO; JEANDIN, in: Commentaire romand CPC, 2. Aufl. 2019, N. 5 zu Art. 301 ZPO; SCHWEIGHAUSER, in: FamKomm, a.a.O., N. 16 ff. zu Art. 301 ZPO [der dem Kind allerdings eine Möglichkeit zur selbstständigen Ergreifung eines Rechtsmittels einräumt, wenn es im erstinstanzlichen Verfahren nicht vertreten und nicht über sein Recht auf Verfahrensteilnahme informiert wurde]; bejahend MICHEL/STECK, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 13 zu Art. 301 ZPO; HERZIG, Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, in: AJP 2013, S. 182 ff.).
- 7.2.5 Neben der fehlenden (materiellen) Parteistellung des Kindes spricht auch die Funktion, die der Kindsvertretung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zukommt, eher dagegen, dass das Kind seine Rechte (neben der Vertretung) selbstständig ausüben könnte. Die nach Art. 299 ZPO bestellte Kindsvertretung vertritt gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts nämlich nicht in erster Linie subjektive Standpunkte. Vielmehr hat sie das objektiviert Kindeswohl zu ergründen,

dieses dem Gericht zu vermitteln und sich für die gerichtliche Durchsetzung desselben einzusetzen. Eine im eigentlichen Sinn anwaltliche, auf den subjektiven Standpunkt des vertretenen Kindes fokussierte Tätigkeit ist dagegen grundsätzlich nicht angezeigt, wenngleich der subjektiven Meinung des Kindes bei der Beurteilung des Kindeswohls durchaus eine entscheidende Bedeutung zukommt (BGE 142 III 153 E. 5.2.2). Entgegen dem Wortlaut von Art. 299 f. ZPO handelt es sich somit eigentlich gerade nicht um einen (direkten) «Vertreter des Kindes» (so auch ZOGG, a.a.O, S. 437 f., der in diesem Zusammenhang von einem «unabhängigen Gehilfen des Gerichts» oder einem «Verfechter des Kindeswohls» spricht).

Soweit es um die Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge, wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs oder Kindesschutzmassnahmen geht, kann die Vertretung des Kindes in Ausübung ihrer Funktion (nämlich der Vermittlung des objektivierten Kindeswohls zuhanden des Gerichts sowie der Durchsetzung desselben) Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen (Art. 300 ZPO). Diese gesetzlichen Ermächtigungen schliessen grundsätzlich alle Verfahrensrechte ein, wie sie Prozessparteien zukommen. Im Vordergrund stehen die Akteneinsicht, das Recht, Beweisanträge zu stellen, die Teilnahme an mündlichen Verhandlungen und die Einreichung von Rechtsschriften. Die Rechte des Vertreters scheinen somit weiter zu gehen als jene des vertretenen Kindes (vgl. dazu auch JOSI, a.a.O., S. 528, der in diesem Zusammenhang von einer «eigentümlichen Regelung» spricht). Auch nach dem Bundesgericht passen die prozessualen Befugnisse der Kindsvertretung auf den ersten Blick nicht zur fehlenden materiellen Parteistellung des Kindes im Scheidungsverfahren seiner Eltern. Dieses Spannungsverhältnis bestehe aber nur vordergründig und löse sich auf, wenn man berücksichtige, dass die Kindsvertretung die prozessualen Befugnisse ausschliesslich zum Zwecke der Durchsetzung des objektivierten Kindeswohls einsetzen dürfe (BGE 142 III 153 E. 5.2.3.3).

Bei der Involvierung von älteren Kindern thematisierte das Bundesgericht die Frage, ob sich die Funktion der Kindsvertretung in Richtung einer «advokatorischen Interessenvertretung» erweitere, zumal auch das urteilsfähige Kind häufig noch kaum postulationsfähig sei. Urteilsfähige Minderjährige – so das Bundesgericht – könnten grundsätzlich je nach Kontext selbständig oder durch einen Vertreter ihrer Wahl handeln, wenn es um höchstpersönliche Rechte gehe (Art. 19c des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]). Je abstrakter die Fragestellung sei, desto weniger könne indessen überhaupt eine Urteilsfähigkeit angenommen werden. Die Tragweite von Fragen der Obhut, der elterlichen Sorge oder von Kindesschutzmassnahmen sei auch für ein älteres Kind schwerlich überblickbar, weshalb sich diesbezüglich kaum je die Frage stelle, unter welchen Voraussetzungen die gerichtlich bestellte Kindsvertretung allenfalls genuin anwaltliche Aufgaben übernehmen müsse. Aus dem gleichen Grund könne das Kind in seiner Eigenschaft als «Partei eigener Art» meist auch keine gewillkürte Vertretung (anstelle oder neben der Kindsvertretung nach Art. 299 ZPO) beiziehen (BGE 142 III 153 E. 5.2.4; Urteil des BGer 5A_232/2016 vom 6. Juni 2016 E. 4).

- 8.1 Nach dem Gesagten stellt die vertragliche Vertretung (anstelle oder neben der gesetzlichen Kindsvertretung) bereits dort den (absoluten) Ausnahmefall dar, wo der Gesetzgeber die Kindsvertretung spezialgesetzlich geregelt hat (Art. 314a bis ZGB und Art. 299 ZPO). Wie vorstehend ausgeführt, betrifft die vorliegende Berufung (da keine «wichtige Frage» des persönlichen Verkehrs auf dem Spiel steht) keinen solchen Bereich. Entsprechend wurde die Befugnis der Kindsvertretung verneint, Berufung gegen den angefochtenen Entscheid einzulegen (E. 6 oben).
- 8.2 Das Kind selber ist im Eheschutzverfahren seiner Eltern nach der eindeutigen Rechtsprechung des Bundesgerichts in materieller Hinsicht nicht Partei. Eine Möglichkeit trotzdem (wie eine Partei) in den Prozess einzugreifen, müsste somit gesetzlich vorgesehen sein, wie dies bei einer verweigten Anhörung (Art. 298 Abs. 3 ZPO) und der verweigten Beiordnung einer vom urteilsfähigen Kind beantragten Kindsvertretung (Art. 299 Abs. 3 ZPO) der Fall ist. Weil eine entsprechende gesetzliche Regelung fehlt, ist eine solche Berechtigung zu verneinen.
- 8.3 Im Ergebnis waren somit weder die Kindsvertretung noch die Berufungsklägerin selber zur Ergreifung eines Rechtsmittels legitimiert. Auf die Berufung wird deshalb nicht eingetreten.

V. Kosten

9.

- 9.1 Die oberinstanzlichen Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten in familienrechtlichen Verfahren oder beim Vorliegen besonderer Umstände, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen, nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 Bst. c und f ZPO).
- 9.2 Mit dem Nichteintreten auf die von der Berufungsklägerin beziehungsweise der Kindsvertretung eingereichten Berufung, müsste auf den ersten Blick das Kind als unterliegende Partei gelten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Weil das Kind aber in materieller Hinsicht im Eheschutzverfahren nicht als Partei beteiligt ist (E. 7.2.1 oben), fällt eine Kostenauflegung nach Art. 106 Abs. 1 ZPO ausser Betracht. Während aArt. 147 Abs. 3 ZGB noch explizit die Möglichkeit ausgeschlossen hatte, dem Kind die Kosten für seine Vertretung zu überbinden, wurde dieser Absatz bei der Überführung der Bestimmungen zur Kindsvertretung in die ZPO gestrichen, so dass es nach der allgemeinen Ermessenregelung von Art. 107 Abs. 2 Bst. c und f ZPO möglich sein muss, sowohl die Eltern als auch das Kind mit Kosten zu belasten (SCHWEIGHAUSER, in: FamKomm, a.a.O., N. 59 zu Art. 299 ZPO). Bei der Belangung des Kindes mit Kosten ist aber Zurückhaltung geboten (SCHWEIGHAUSER, in: FamKomm, a.a.O., N. 60; RÜEGG/RÜEGG, in: Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2017 N. 6 zu Art. 107 ZPO, die davon ausgehen, dass die Auflegung von Kosten auf das Kind aufgrund seiner fehlenden Parteistellung nicht möglich ist).

9.3 Vorliegend wurde der Berufungsklägerin Rechtsanwältin B._____ als Kindsvertreterin zur Seite gestellt. Als solche hatte sie sich beim Einlegen des Rechtsmittels nicht in erster Linie am subjektiven Willen des Kindes zu orientieren, sondern musste sich vom objektiven Kindeswohl leiten lassen (dazu E. 7.2.5 oben). Vor diesem Hintergrund erschiene es abwegig, dem Kind die aus der Kindsvertretung resultierenden Kosten aufzuerlegen, wenngleich der von der Kindsvertreterin vertretene Standpunkt im konkreten Fall dem subjektiven Willen der Berufungsklägerin entsprach. Wenn man schliesslich berücksichtigt, dass die Eltern im Rahmen ihrer Fürsorge- und Unterhaltspflicht für die Prozesskosten ihres minderjährigen Kindes aufzukommen haben (Urteil des BGer 5A_606/2018 Urteil vom 13. Dezember 2018 E. 5.2), erscheint es angemessen, die Gerichtskosten den von der Berufungsklägerin ins Recht gefassten Berufungsbeklagten – wie in familienrechtlichen Verfahren üblich – zu gleichen Teilen aufzuerlegen.

9.4

9.4.1 Die oberinstanzlichen Gerichtskosten setzen sich aus der Entscheidgebühr und aus den Kosten für die Kindsvertretung zusammen (Art. 95 Abs. 2 Bst. b und e ZPO).

9.4.2 Die Gebühr für den Aufwand im Berufungsverfahren wird in Anwendung von Art. 45 Abs. 1 des Verfahrenskostendekrets (VKD; BSG 161.12) auf CHF 1'500.00 festgesetzt.

9.4.3 Die ebenfalls zu den Gerichtskosten zählenden Kosten der Kindsvertretung sind gesondert auszuweisen (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7292). Rechtsanwältin B._____ macht in ihrer Honorarnote vom 9. Dezember [recte: Januar] 2023 einen Aufwand von sechs Stunden und vierzig Minuten à CHF 200.00 sowie Auslagen von CHF 32.55 geltend (pag 309 f.). Dieser Aufwand ist angemessen.

Der Stundenansatz beträgt, wie von Rechtsanwältin B._____ korrekt ausgewiesen, CHF 200.00 (Beschluss der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 27. August 2015). Die Entschädigung von Rechtsanwältin B._____ beträgt somit CHF 1'471.75 (Honorar CHF 1'334.00, Auslagen CHF 32.55 sowie Mehrwertsteuer CHF 105.20).

9.4.4 Die Gerichtskosten für das oberinstanzliche Verfahren werden somit auf insgesamt CHF 2'971.75 bestimmt (Entscheidgebühr: CHF 1'500.00, Kosten Kindsvertretung: CHF 1'471.75) und den Berufungsbeklagten je hälftig auferlegt (ausmachend [gerundet] je CHF 1'485.90). Sie werden den Berufungsbeklagten noch separat in Rechnung gestellt.

9.5 Was die Parteikosten anbelangt, sind diese von beiden Berufungsbeklagten selber zu tragen. Dies entspricht den Anträgen des Berufungsbeklagten, der mit seinen Anträgen im Berufungsverfahren grundsätzlich durchgedrungen ist (pag. 265). Die Berufungsbeklagte, die mit ihren Anträgen im oberinstanzlichen Verfahren nicht durchgedrungen ist, hat von vornherein keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Die Kammer entscheidet:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 2'971.75, werden den Berufungsbeklagten je zur Hälfte auferlegt, ausmachend je CHF 1'485.90. Diese werden ihnen separat in Rechnung gestellt.
3. Die Berufungsbeklagten tragen je ihre eigenen oberinstanzlichen Parteikosten.
4. Zu eröffnen:
 - der Berufungsklägerin
 - den Berufungsbeklagten

Mitzuteilen:

- dem Regionalgericht Bern-Mittelland, Gerichtspräsident Huber

Bern, 18. April 2023

Im Namen der 1. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Sanwald

Der Gerichtsschreiber:

Neuenschwander

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen 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. BGG geführt werden. Dabei kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden, wobei die Rüge zu begründen ist (Art. 98 BGG, Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Art. 95, 97 und 105 Abs. 2 BGG gelangen nicht zur Anwendung. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.