

BE_ZIVILSTRAF KES 2017 506 vom 23. August 2017

BE Obergericht, 2017-08-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_KES_2017_506

FR: BE_ZIVILSTRAF KES 2017 506 du 23 août 2017

IT: BE_ZIVILSTRAF KES 2017 506 del 23 agosto 2017

Regeste

Interessenkollision; Art. 306 Abs. 2 und 3 ZGB | persönlicher Verkehr

Erwägungen

E. 1

A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) und C._____ (nachfolgend: Beschwerdegegner) sind die Eltern von E._____, geb. 2008, und F._____, geb. 2007, die beide unter der alleinigen elterlichen Sorge und Obhut der Kinds- mutter stehen.

E. 1.2

zum wörtlich mit Art. 61 Abs. 3 VRPG übereinstimmenden Art. 93 Abs. 1 BGG). Auch in der bundesrätlichen Botschaft zu Art. 319 Bst. b Ziff. 2 ZPO («nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil») wird vertreten, dass die Abweisung eines Beweisantrags erst mit einem Rechtsmittel gegen den verfahrensabschliessenden Entscheid beanstandet werden könne (Botschaft zur schweizerischen Zivilprozess- ordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, 7377). In der Tat gilt denn auch die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Verfahrensverlängerung nicht als nicht wieder gutzumachender Nachteil. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass eine raschere Kontaktregelung im Interesse aller Parteien stünde und eine weitere Befragung für die beiden Kinder eine Belastung darstellen kann. Allerdings

6 entstünde diese selbst dann, wenn das Gutachten von Dr. G._____ zu den Ak- ten genommen würde, ist dieses doch nach der Würdigung der Vorinstanz in Be- zug auf die Regelung des persönlichen Verkehrs nicht vollständig bzw. nicht schlüssig. Die Vorinstanz hat damit zum Ausdruck gegeben, dass die Sache ihres Erachtens ohnehin nicht spruchreif wäre und folglich weitere Beweismassnahmen, insbesondere eine erneute Befragung der Kinder, notwendig sind. Der geltend ge- machte Nachteil würde also mit der Gutheissung der Beschwerde gerade nicht be- seitigt. Damit ist auf die Beschwerde mangels nicht wieder gutzumachenden Nach- teils im Sinne von Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG nicht einzutreten.

E. 2

Mit Eingabe vom 2. September 2015 stellte der Beschwerdegegner bei der KESB Oberland West (nachfolgend: Vorinstanz) den Antrag, es sei das Besuchsrecht zu seinen Töchtern zu regeln.

E. 3

Mit verfahrensleitendem Entscheid vom 1. Oktober 2015 eröffnete die Vorinstanz ein Kindesschutzverfahren; mit Präsidialentscheid vom 30. Mai 2016 bestellte sie ein Fachgutachten bei Dr. med. G._____, für dessen Erstattung sie Frist bis am 17. Oktober 2016 ansetzte. Diese Frist verlängerte die Vorinstanz zunächst bis 13. April 2017 und

anschliessend bis 5. Mai 2017.

E. 4

Mit Präsidialentscheid vom 20. März 2017 wies die Vorinstanz den Antrag des Beschwerdegegners um vorsorgliche und unverzügliche Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen ihm und seinen Töchtern mit Verweis auf das in Bälde erwartete Gutachten ab.

E. 5

Nachdem das Gutachten nicht innert verlängerter Frist eingelangte, widerrief die Vorinstanz mit verfahrensleitendem Entscheid vom 22. Mai 2017 den Gutachtersauftrag an Dr. G. _____, dies unter Vorbehalt der Erstattung des Gutachters bis am 16. Juni 2017.

E. 6

Am 23. Juni 2017 (Postaufgabe am Tag zuvor) ging ein vom 15. Juni 2017 datiertes Gutachten von Dr. G. _____ bei der Vorinstanz ein.

E. 7

Mit Schreiben vom 28. Juni 2017 teilte die Vorinstanz der Gutachterin mit, dass das Gutachten zwar eingelangt, der Gutachtersauftrag aber infolge verspäteter Gutachtenserstattung widerrufen worden sei.

E. 8

Mit Eingabe vom 30. Juni 2017 stellte die Beschwerdeführerin den Antrag, das Gutachten von Dr. G. _____ sei zu den Akten zu erkennen und den Parteien in Kopie zuzustellen. Zur Begründung führte sie aus, es solle nicht noch weitere Zeit durch Abklärungen weiterer sachverständiger Personen verstreichen und die Kin-

3 der sollten dadurch nicht erneut stark belastet werden. Ein vorsorgliches Besuchsrecht sei zu regeln, nachdem Einsicht ins Gutachten von Dr. G. _____ genommen werden konnte.

E. 9

Mit verfahrensleitendem Entscheid vom 12. Juli 2017 eröffnete die Vorinstanz das Verfahren auf vorsorgliche Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Kindsvater und seinen beiden Kindern (Dispositiv-Ziffer 1) und wies den Antrag auf Erkennung des Gutachtens von Dr. G. _____ zu den amtlichen Akten ab (Dispositiv-Ziffer 2). Weiter traf sie organisatorische Anordnungen zur Anhörung der Kinder und Parteien (Dispositiv-Ziffern 3 und 4).

E. 10

Dagegen reichte die Beschwerdeführerin am 12. August 2017 (Postaufgabe am selben Tag) Beschwerde beim Kindes- und Erwachsenenschutzgericht des Obergerichts des Kantons Bern ein mit dem Antrag, es sei Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und das vom 15. Juni 2017 datierte Gutachten von Dr. G. _____ zu den Akten zu erkennen. Gleichentags stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (KES 17 507).

E. 11

Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort sowie einer Vernehmlassung wird in Anwendung von Art. 450f in fine des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210)

i.V.m. Art. 72 des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz (KESG; BSG 213.316) und Art. 86 Abs. 2, Art. 83 und Art. 69 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) verzichtet. II.

E. 12

Für die Beschwerde gegen den Kammerentscheid der Vorinstanz ist das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht zuständig (Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 65 KESG). Da sich keine fachspezifischen Fragen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts stellen, setzt sich das Gericht aus drei hauptamtlichen Richterinnen und Richtern zusammen (Art. 45 Abs. 3 Satz 1 Bst. b des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG, BSG 161.1]).

E. 13

Das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz richtet sich nach den Bestimmungen gemäss Art. 450 ff. ZGB. Subsidiär gelangt kantonales Verfahrensrecht, nämlich Art. 65 ff. des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz (KESG), zur Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. d KESG). Dieses verweist seinerseits in Art. 72 KESG auf die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG).

E. 14

In der Beschwerde werden die beiden Kinder als Beschwerdeführer bezeichnet, vertreten durch ihre Mutter A. _____, welche die Anwaltsvollmacht unterschrieben hat. Die elterliche Vertretungsmacht ist indessen ausgeschlossen, wenn die Eltern in einer Angelegenheit Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen (vgl. Art. 306 Abs. 2 ZGB). Gemäss Art. 306 Abs. 3 ZGB entfallen bei Interessenkollision von Gesetzes wegen die Befugnisse der Eltern in der entsprechenden Angelegenheit. Eine solche Interessenkollision liegt hier vor: Im vorinstanzlichen Ver-

fahren geht es u.a. darum zu prüfen, welche Regelung des persönlichen Verkehrs zum Vater im Kindeswohl steht. Das Kindeswohl ist aber objektiv zu verstehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_52/2015 vom 17. Dezember 2015 E. 5). Die Beschwerdeführerin ist damit nicht befugt, die gemeinsamen Kinder ohne Zustimmung des Vaters und gegen diesen zu vertreten. Damit wäre auf die Beschwerde nicht einzutreten. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben lässt sich im Sinne einer Konversion jedoch die Kindsmutter selbst als beschwerdeführende Partei betrachten, welche nach Art. 450 Abs. 2 Bst. 2 ZGB als nahestehende Person der Kinder ohne weiteres selber beschwerdeberechtigt ist und am vorinstanzlichen Verfahren auch beteiligt war.

E. 15.1

Der angefochtene verfahrensleitende Entscheid schliesst das vorinstanzliche Verfahren weder ganz noch teilweise ab; es handelt sich damit um einen Zwischenentscheid. Das ZGB enthält keine ausdrückliche Bestimmung über die Anfechtbarkeit von (selbständig eröffneten) Zwischenentscheiden. Nach der Botschaft richtet sich hier die Anfechtbarkeit nach kantonalem Recht, wobei nach Art. 450f ZGB subsidiär sinngemäss die Bestimmungen der ZPO zur Anwendung gelangen (STECK, in: FamKomm Erwachsenenschutz, N. 17 zu Art. 450 ZGB). Im Kanton Bern sind mithin – mangels einer Regelung im KESG – die Bestimmungen des VRPG einschlägig. Danach ist eine Zwischenverfügung, die weder die Zuständigkeit noch den Ausstand betrifft, nur

selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG; MERKLI/AESCHLI-MANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, N. 17 zu Art. 49 sowie N. 3 ff. und 9 zu Art. 61 VRPG) 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. 61 Abs. 3 Bst. b VRPG). Dass Letzteres der Fall wäre, macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG wird nach bernischer Rechtsprechung sodann bejaht, wenn die beschwerdeführende Partei ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der Zwischenverfügung oder des Zwischenentscheids hat, wobei kein irreparabler Schaden erforderlich ist. Ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse an der sofortigen Anfechtung der Zwischenverfügung ist bereits dann gegeben, wenn ein günstiger Endentscheid für die betroffene Person nicht jeden Nachteil zu beseitigen vermag. Dabei genügt auch ein tatsächliches – etwa bloss wirtschaftliches – Interesse, soweit es für die betroffene Person nicht nur darum geht, eine Verteuerung oder eine aus wirtschaftlicher Sicht ungünstige Verlängerung des Verfahrens zu verhindern. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss in jedem Fall dargetan sein, wobei das Glaubhaftmachen genügt (vgl. zum Ganzen: BVR 2016 S. 237 E. 5.1 mit Hinweisen). Diese zusätzliche Eintretensvoraussetzung gilt kraft des Verweises von Art. 72 KESG auf die Bestimmungen des VRPG auch im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5D_100/2014 vom 19. September 2014 E. 2.2.3.1).

E. 15.2

Die Vorinstanz führt im angefochtenen Entscheid aus, dass sie das Fachgutachten mit Präsidialentscheid vom 30. Mai 2016 aus Kapazitätsgründen bei einer externen Sachverständigen in Auftrag gegeben habe. Das nötige Fachwissen sei aber bei der Vorinstanz, deren instruierendes Behördenmitglied Fachpsychologin FSP für Kinder- und Jugendpsychologie und dipl. Gutachterin sei, grundsätzlich selbst vorhanden. Die Vorinstanz habe sodann mit Verweis auf die Möglichkeit der Vereinbarung von Kontakten im Rahmen der Begutachtung auf die vorsorgliche Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Kindsvater und den Kindern für die Dauer der Begutachtung verzichtet. Das Gutachten habe in der Folge aber auch am 16. Juni 2017 (trotz dreimaliger Mahnung) noch nicht vorgelegen. Zwar sei dieses dann am 23. Juni 2017 eingegangen, habe sich aber hinsichtlich der Frage der Regelung des persönlichen Verkehrs als ungenügend erwiesen, dies insbesondere weil trotz entsprechenden Hinweises auch im Rahmen der Begutachtung kein persönlicher Kontakt zwischen dem Vater und seinen Töchtern stattgefunden habe. Aus diesem Grund gelte der Widerruf des Auftrags an Dr. G. _____ gemäss dem verfahrensleitenden Entscheid vom 22. Mai 2017 und sei der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erkennung des (verspäteten) Gutachtens zu den Akten abzuweisen. Stattdessen habe die Vorinstanz hinsichtlich der (vorsorglichen) Regelung des persönlichen Verkehrs und einer allfälligen (vorsorglichen) Errichtung einer Beistandschaft nun selbst die erforderlichen Erkundigungen einzuholen und die notwendigen Beweise zu erheben.

E. 15.3

Die Beschwerdeführerin macht geltend, durch die Abweisung ihres Beweisantrags entstehe ihr ein nicht wieder gutzumachender Nachteil, indem ihre Kinder nun weitere

Abklärungstermine wahrnehmen müssten, obwohl sie bereits in der Vergangenheit durch die Wahrnehmung von zahlreichen Terminen bei Dr. G. _____ zeitlich und psychisch belastet worden seien. Im Übrigen hätte die Berücksichtigung des Gutachtens das Verfahren beschleunigt und zu einer voraussichtlich rascheren Entscheidung oder einer rascheren Regelung geführt. Stattdessen resultiert nun voraussichtlich ein Zeitverlust von rund einem Jahr, bis Klarheit über die Konkretisierung der Regelung des Kindsvaters zu den heute 9- und 10-jährigen Mädchen bestehe.

E. 15.4

Anordnungen betreffend die Beweisführung bewirken nach der Rechtsprechung in aller Regel keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, der nicht durch einen günstigen Entscheid beseitigt werden könnte (vgl. statt vieler: BGE 141 III 80 E).

E. 15.5

Immerhin ist die Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass neue Beweismittel bis zum Entscheid in das Verfahren eingebracht werden können, solange das Beweisverfahren nicht förmlich abgeschlossen ist (vgl. Art. 25 VRPG). Auch wenn das Gutachten nicht innert der Ausarbeitungsfrist, welche der Sachverständigen gesetzt worden ist, erstattet wurde, stünde seiner Berücksichtigung in novenrechtlicher Hinsicht grundsätzlich nichts entgegen. Davon zu unterscheiden ist die Frage der inhaltlichen Qualität des Gutachtens, d.h. ob dieses vollständig bzw. schlüssig ist oder ergänzende Beweismassnahmen erheischt. Zur Vollständigkeit und Schlüssigkeit sollten sich die Parteien äussern können. Die Vorinstanz wird sich deshalb überlegen müssen, ob eine nachträgliche Abnahme des Gutachtens und Zustellung an die Parteien verfahrensrechtlich nicht doch angezeigt ist, auch wenn dieses nach ihrer Würdigung inhaltlich mangelhaft ist. Denn ob tatsächlich triftige Gründe für ein Abweichen vom Gutachten vorliegen (BGE 133 II 384 E. 4.2.3), kann nur überprüft werden, wenn die Vorinstanz ihre Einschätzung begründet und das Gutachten bei den Akten liegt.

E. 16

Daran, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, ändert auch die Rüge der Beschwerdeführerin nichts, wonach der angefochtene Entscheid keine förmliche Rechtsmittelbelehrung enthalte. Art. 61 Abs. 5 VRPG verlangt zwar, dass eine Zwischenverfügung in der Rechtsmittelbelehrung als solche zu bezeichnen ist, und aufgrund des verfassungsmässigen Grundsatzes von Treu und Glauben dürfen sich ungenügende oder unrichtige Kennzeichnung und Angaben zum Rechtsmittel nicht zum Nachteil der betroffenen Partei auswirken (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, N. 17 zu Art. 61 VRPG; MÜLLER, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 2011, S. 102). Eine mangelhafte Rechtsmittelbelehrung bleibt aber folgenlos, wenn sie für die Beteiligten keine Nachteile bewirkt hat (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, N. 26 zu Art. 44 VRPG). Vorliegend hat die Vorinstanz in E. 13 des angefochtenen Entscheids sinngemäss darauf hingewiesen, dass es sich dabei um einen Zwischenentscheid handle, der nur bei einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil angefochten werden kann. Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat dies in ihrer Beschwerde erkannt, womit ihr keine Nachteile daraus entstanden sind, dass der angefochtene Entscheid keine förmliche Rechtsmittelbelehrung enthält. III.

E. 17

Die Beschwerdeführerin stellte zudem ein Gesuch um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege (KES 17 507).

7

E. 17.1

Da das vorliegende Verfahren für die Parteien kostenlos ist (vgl. E. 18 unten), steht lediglich die Beordnung eines amtlichen Anwalts nach Art. 111 Abs. 2 VRPG in Frage. Eine solche ist anzuordnen, wenn die gesuchstellende Partei nicht über die erforderlichen Mittel zur Führung des Prozesses verfügt, ihr Rechtsbegehren ausserdem nicht aussichtslos erscheint und die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse die Beordnung eines Rechtsbeistandes rechtfertigen (Art. 111 Abs. 1 und 2 VRPG).

E. 17.2

Nach dem oben Ausgeführten (E. 15.4) wäre die Beschwerde gegen die Abweisung des Beweisantrags aufgrund der klaren Rechtslage betreffend den nicht wie der gutzumachenden Nachteil grundsätzlich als aussichtslos zu betrachten. Da die vorliegende Konstellation bzw. das Vorgehen der Vorinstanz (Gutachten nicht zu den Akten zu erkennen) aber ungewöhnlich ist und dem Bedarf nach Überprüfung dieses Vorgehens durch die obere Instanz nicht jegliche Berechtigung abgesprochen werden kann, rechtfertigt es sich ausnahmsweise, von der Nichtaussichtslosigkeit der Beschwerde auszugehen. Da zudem die Mittellosigkeit ausgewiesen erscheint und das vorliegende Verfahren einige rechtliche Schwierigkeiten bot, ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen und der Beschwerdeführerin Rechtsanwältin B. _____ als amtliche Anwältin beizuordnen. IV.

E. 18

Der angefochtene Entscheid stammt aus einem als Kindesschutzverfahren geführten Prozess, in dem es nebst der (vorsorglichen) Regelung des persönlichen Verkehrs auch um die allfällige Errichtung einer Beistandschaft für die Kinder geht. Da die umstrittene Beweismassnahme, um die es hier geht, beide Fragen betrifft, wird auch das oberinstanzliche Verfahren als kostenlos i.S. von Art. 70 Abs. 3 Bst. d KESG betrachtet. Für den Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sind ebenfalls keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 112 Abs. 2 VRPG).

E. 19

Das amtliche Honorar von Rechtsanwältin B. _____ für das Beschwerdeverfahren KES 17 506 wird pauschal auf CHF 1'200.00 (inkl. Auslagen und MWST) und ihr volles Honorar auf CHF 1'500.00 (inkl. Auslagen und MWST) festgesetzt. Das amtliche Honorar ist vom Kanton Bern auszurichten. Die Beschwerdeführerin hat dem Kanton Bern das ausgerichtete amtliche Honorar zurückzuzahlen und Rechtsanwältin B. _____ die Differenz zwischen dem amtlichen und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 113 Abs. 1 VRPG, Art. 123 ZPO und Art. 42a KAG).

E. 20

Dem Beschwerdegegner ist oberinstanzlich kein Aufwand entstanden, womit ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Der Vorinstanz sind ebenfalls keine Parteikosten zuzusprechen (Art. 104 Abs. 3 VRPG).

8 Das Gericht entscheidet:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.