

BE_ZIVILSTRAF KES 2021 948 vom 6. Januar 2022

BE Obergericht, 2022-01-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_KES_2021_948

FR: BE_ZIVILSTRAF KES 2021 948 du 6 janvier 2022

IT: BE_ZIVILSTRAF KES 2021 948 del 6 gennaio 2022

Regeste

Wegfall Zuständigkeit der KESB zur Regelung von persönlichem Verkehr und Obhut nach Einleitung Eheschutzverfahren | persönlicher Verkehr

Erwägungen

E. 1.1

A._____ (nachfolgend Beschwerdeführerin oder Kindsmutter) und C._____ (nachfolgend Beschwerdeführer oder Kindsvater) haben im Jahr 2017 geheiratet. Am 31. Juli 2019 kam die gemeinsame Tochter E._____ zur Welt.

E. 1.2

Am 24. August 2021 meldete sich die Beschwerdeführerin bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Oberland Ost (nachfolgend: KESB) und bat um Unterstützung für sich und E._____. Daraufhin eröffnete die KESB am 17. September 2021 ein Kindesschutzverfahren und beauftragte den Sozialdienst Region Jungfrau mit der Erstellung eines Abklärungsberichts bis am 20. Dezember 2021.

E. 1.3

Am 20. September 2021 verliess die Beschwerdeführerin gemeinsam mit E._____ die eheliche Wohnung und zog mit ihr in ein Frauenhaus.

E. 1.4

Am 23. September 2021 stellte der Beschwerdeführer bei der KESB ein Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen. Dabei beantragte er unter anderem, E._____ sei unter seine alleinige Obhut zu stellen und die Kindsmutter sei anzuweisen, E._____ umgehend in die eheliche Liegenschaft zurückzuführen. Weiter beantragte er die Anordnung verschiedener Massnahmen, um eine Ausreise der Beschwerdeführerin und E._____ in den Heimatstaat der Beschwerdeführerin (Indonesien) zu verhindern.

E. 1.5

Mit superprovisorischer Entscheidung vom 24. September 2021 wies die KESB unter anderem die Anträge des Beschwerdeführers auf Zuteilung der elterlichen Obhut und Rückführung von E._____ in die eheliche Wohnung ab. Hingegen ordnete sie die beantragten Massnahmen zur Verhinderung einer Ausreise der Beschwerdeführerin mit E._____ in ihren Heimatstaat an.

E. 1.6

Am 5. Oktober 2021 stellte die Beschwerdeführerin ein Eheschutzgesuch beim Regionalgericht Oberland. Die Verhandlung im Eheschutzverfahren ist angesetzt auf den 18. Januar 2022.

E. 1.7

Die KESB beauftragte den Sozialdienst der Region Jungfrau mit der Organisation von Kontakten zwischen dem Beschwerdeführer und E. _____ während deren Aufenthalt im Frauenhaus. Seit dem 7. Oktober 2021 fanden wöchentlich durch G. _____ (Institution) begleitete Besuche statt.

E. 1.8

Am 25. Oktober 2021 reichte der Sozialdienst der Region Jungfrau bei der KESB einen Bericht über die bis dahin erfolgten begleiteten Besuche ein und stellte den Antrag auf Ausweitung des Besuchsrechts des Beschwerdeführers auf mindestens zweimal pro Woche.

E. 1.9.1

Die KESB hörte die Parteien zum Antrag des Sozialdienstes vom 25. Oktober 2021 und zum geplanten weiteren Vorgehen an (vgl. verfahrensleitender Entscheid der KESB vom 29. Oktober 2021).

E. 1.9.2

Der Beschwerdeführer bestätigte mit Eingabe vom 8. November 2021 den bereits gestellten Antrag auf Zuteilung der alleinigen Obhut ihn. Eventualiter beantragte er, der persönliche Verkehr zwischen E. _____ und ihm sei wie folgt zu regeln: - Dienstag, 11:00 Uhr, bis Mittwoch, 19:00 Uhr; - Freitag, 11:00 Uhr, bis Sonntag, 11:00 Uhr (subevtl. bis Samstag 19:00 Uhr). - zusätzlich sei dem Kindsvater über Weihnachten/Neujahr 2021/2022 ein Ferienrecht von mindestens einer Woche einzuräumen.

E. 1.9.3

Die Beschwerdeführerin beantragte mit Eingabe vom 24. November 2021, es sei keine vorsorgliche Regelung des persönlichen Verkehrs anzuordnen. Eventualiter sei der persönliche Verkehr vorsorglich so zu regeln, dass bis zum Vorliegen eines Entscheids des Regionalgerichts einmal wöchentlich jeweils am Dienstagvormittag von 09:00 bis 11:30 Uhr begleitete Besuche stattfinden.

E. 1.10

Am 25. November 2021 fällte die KESB folgenden Entscheid: 1. Die Ausübung des persönlichen Verkehrs zwischen E. _____ und C. _____ wird bis zum Vorliegen eines Entscheids des Regionalgerichts Oberland gestützt auf Art. 273 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 1 ZGB wie folgt vorsorglich geregelt: - Dienstagvormittag, 09:00 – 11:30 Uhr - Donnerstagvormittag, 09:00 – 14:00 Uhr - Samstag oder Sonntag, 09:00 – 17:00 Uhr - die Übergaben der Besuche finden begleitet statt - der Besuch am Samstag oder Sonntag wird während 1-2 Stunden sozialpädagogisch begleitet [...] Die KESB entzog einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid die aufschiebende Wirkung (Dispositiv Ziff. 8). 2. 2.1 Gegen den Entscheid der KESB vom 25. November 2021 haben die Parteien je separat Beschwerde beim Kindes- und Erwachsenenschutzgericht (nachfolgend: KESGer) erhoben. 2.2 2.2.1 Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde vom 7. Dezember 2021 die Aufhebung beziehungsweise Abänderung des angefochtenen Entscheids wie folgt beantragt (KES 21 948, pag. 3 ff.): 1. Ziffer 1 sei wie folgt aufzuheben/abzuändern: Die Ausübung des persönlichen Verkehrs zwischen E. _____ und C. _____ sei bis zum Vorliegen eines Entscheides des Regionalgerichts Oberland wie folgt vorsorglich zu regeln:

E. 3.1.1

Angefochten ist die Dispositiv Ziffer 1 des Entscheids vom 25. November 2021, worin die KESB den persönlichen Verkehr zwischen dem Beschwerdeführer und E. _____ vorsorglich regelte. Gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann innert zehn Tagen seit Mitteilung Beschwerde beim zuständigen Gericht geführt werden (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 3 und Art. 450 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]). Für die Beschwerden gegen den Entscheid der KESB Oberland Ost ist das KESGer zuständig (Art. 65 des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz, [KESG; BSG 213.316], sowie Art. 28 Abs. 4 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]).

E. 3.1.2

Darüber hinaus macht der Beschwerdeführer eine Rechtsverweigerung geltend, da die KESB nicht über seinen Antrag auf (vorsorgliche) Zuteilung der Obhut entschieden habe (KES 21 954, pag. 5). Das KESGer ist für Beschwerden wegen Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung durch die KESB ebenfalls zuständig (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450 und 450a Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 65 KESG und Art. 28 Abs. 4 OrR OG).

E. 3.1.3

Die Beschwerdeführerin beantragt, auf die Beschwerde des Kindsvaters sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten. Bei den vom Beschwerdeführer gestellten Anträgen handle es sich nicht um Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 ff. ZGB. Da ein Eheschutzverfahren hängig sei, sei gemäss Art. 275 Abs. 2 ZGB das Eheschutzgericht zuständig, die Obhut und den persönlichen Verkehr zu regeln. Auch liege keine zeitliche Dringlichkeit vor. Die angerufene Instanz sei daher nicht zuständig (KES 21 954, pag. 41 ff.). Die Beschwerdeanträge des Beschwerdeführers entsprechen im Wesentlichen den von ihm im Verfahren vor der KESB beantragten vorsorglichen Massnahmen (vgl. Eingabe des Beschwerdeführers vom 8. November 2021). Die KESB hat den Anträgen des Beschwerdeführers im Entscheid vom 24. November 2021 beziehungsweise nicht vollständig entsprochen. Die Rechtsbegehren des Beschwerdeführers liegen daher im Rahmen des durch das Anfechtungsobjekt vorgegebenen Streitgegenstands. Das KESGer ist zur Behandlung der Beschwerde gegen Entscheide der KESB wie ausgeführt örtlich, sachlich und funktionell zuständig (vgl. E. 3.1.1 f. oben). Auch wenn die KESB für die vorsorgliche Regelung des persönlichen Verkehrs nicht zuständig gewesen sein sollte – was nachfolgend zu prüfen sein wird (E. 8 unten) – führt dies nicht zur Unzuständigkeit des KESGer als Beschwerdeinstanz.

E. 3.2

Das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 450 ff. ZGB (vgl. Verweis in Art. 314 Abs. 1 ZGB). Subsidiär gelangt kantonales Verfahrensrecht, nämlich Art. 65 ff. KESG, zur Anwendung (vgl. Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. c und d KESG). Dieses verweist seinerseits in Art. 72 KESG subsidiär auf die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

E. 3.3

Beide Beschwerdeführenden sind als am vorinstanzlichen Verfahren beteiligte und in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffene Personen zur Beschwerde legitimiert (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB).

E. 3.4

Die Beschwerden sind frist- und formgerecht erfolgt (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 3 und Art. 450 Abs. 3 ZGB).

E. 3.5

Soweit der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm über Weihnachten und Neujahr 2021/2022 ein Ferienrecht von zwei beziehungsweise einer Woche einzuräumen, ist das Verfahren infolge Zeitablaufs als gegenstandslos abzuschreiben (Art. 39 Abs. 1 VRPG).

E. 3.6

Im Übrigen ist auf die Beschwerden einzutreten.

E. 4.1

Da sich keine fachspezifischen Fragen des Kinderschutzes stellen, erfolgt die Entscheidung durch drei hauptamtliche Richterinnen und Richter (Art. 45 Abs. 3 lit. b des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

E. 4.2

Für den Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren ist der Instruktionsrichter zuständig (Schluss aus Art. 111 Abs. 4 VRPG). Eine Behandlung durch das Kollegialgericht schadet jedoch nicht und erweist sich aus prozessökonomischen Gründen als sinnvoll. 5. Angefochten wurden lediglich die Dispositiv Ziffern 1 (vorsorgliche Regelung des persönlichen Verkehrs) und 8 (Entzug der aufschiebenden Wirkung) des Entscheids der KESB vom 25. November 2021. Nicht angefochten und damit in formelle Rechtskraft erwachsen sind die Dispositiv Ziffern 2 – 7 (vgl. zur formellen – nicht aber materiellen – Rechtskraft vorsorglicher Massnahmen BGE 138 III 382 E. 3.2.2 S. 385). 6. Art. 19 Abs. 2 VRPG verweist für die Ermittlung des Sachverhalts und die Beschaffung der Beweismittel auf die Vorschriften der ZPO. Art. 296 ZPO sieht für Verfahren, welche Kinderbelange betreffen, den Untersuchungs- und Officialgrundsatz vor. Im Geltungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime ist das Einbringen von neuen Tatsachen und Beweismitteln (Noven) bis zur Urteilsberatung zulässig (Urteil des Bundesgerichts 5A_770/2018 vom 6. März 2019 E. 3.2). Soweit vor dem KESGer entscheidrelevante neue Tatsachenbehauptungen geltend gemacht und neue Beweismittel eingereicht wurden, sind sie somit zu berücksichtigen. 7.

E. 5

Einmal wöchentlich jeweils Dienstagvormittag von 9.00 – 11.30 Uhr wobei die Besuche begleitet stattzufinden haben; 2. Ziffer 8 sei aufzuheben. Der Beschwerde gegen diesen Entscheid sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge 2.2.2. Gleichentags hat die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Beiordnung von Rechtsanwältin B. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeiständin gestellt (KES 21 949). 2.2.3 Mit Verfügung vom 9. Dezember 2021 hat der Instruktionsrichter des KESGer den Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen, soweit im angefochtenen Entscheid Besuche am Donnerstagvormittag und am Wochenende sowie eine Begleitung bloss der Übergaben am Dienstagvormittag angeordnet wurden. Er hielt fest, bis auf Weiteres gelte somit, dass der persönliche Verkehr zwischen E. _____ und dem Kindsvater einmal wöchentlich am

Dienstagvormittag von 09.00 bis 11.30 Uhr in Begleitung stattfindet. Weiter hat der Instruktionsrichter des KESGer der KESB sowie dem Beschwerdeführer Gelegenheit gegeben, innert 10 Tagen eine Vernehmlassung beziehungsweise Stellungnahme zur Beschwerde und zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der Beschwerdeführerin einzureichen (KES 21 948, pag. 33 ff.). 2.2.4 Mit Eingabe vom 15. Dezember 2021 hat die KESB auf eine Stellungnahme verzichtet (KES 21 948, pag. 43 ff.). 2.2.5 Der Beschwerdeführer hat in seiner Stellungnahme vom 17. Dezember 2021 die Ausführungen der Beschwerdeführerin bestritten und festgehalten, weder der Antrag der Beschwerdeführerin (und das gestützt darauf vom KESGer verfügte Kontaktrecht) noch das von der KESB im Entscheid vom 25. November 2021 verfügte Kontaktrecht würden dem Interesse von E._____ entsprechen (KES 21 948, pag. 47). 2.3 2.3.1 Der Beschwerdeführer hat in seiner Beschwerde vom 7. Dezember 2021 die Aufhebung von Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids und die Neuregelung wie folgt beantragt (KES 21 954, pag. 1 ff.): E._____ sei unter die alleinige Obhut des Kindsvaters zu stellen. Der persönliche Verkehr zwischen E._____ und A._____ sei bis zum Vorliegen eines Entscheids des Regionalgerichts Oberland zu regeln. Evtl. sei die Ausübung des persönlichen Verkehrs zwischen E._____ und C._____ bis zum Vorliegen eines Entscheids des Regionalgerichts Oberland wie folgt zu regeln: - Dienstag, 11.00 Uhr, bis Mittwoch, 19.00 Uhr; - Freitag, 11.00 Uhr, bis Sonntag, 11.00 Uhr (subevtl. bis Samstag, 19.00 Uhr) - Zusätzlich sei dem Vater über Weihnachten/Neujahr 2021/2022 ein Ferienrecht von zwei Wochen einzuräumen (subevtl. von einer Woche) unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin

E. 6

2.3.2 Mit Verfügung vom 13. Dezember 2021 hat der Instruktionsrichter des KESGer unter anderem der KESB sowie der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben, innert 10 Tagen eine Vernehmlassung beziehungsweise Beschwerdeantwort zur Beschwerde des Beschwerdeführers einzureichen. Weiter hat er den Beschwerdeführer zur Bezahlung eines Kostenvorschusses aufgefordert. Der Instruktionsrichter des KESGer hat die Parteien über die vorgesehene Vereinigung der Verfahren KES 21 948 und KES 21 954 nach Durchführung der Schriftenwechsel orientiert (KES 21 954, pag. 21 ff.). 2.3.3 Mit Eingabe vom 15. Dezember 2021 hat die KESB auf eine Stellungnahme verzichtet (KES 21 954, pag. 31 ff.). 2.3.4 Am 20. Dezember 2021 hat der Sozialdienst Region Jungfrau den von der KESB in Auftrag gegebenen Abklärungsbericht erstellt (Beilage zur Eingabe des Beschwerdeführers vom 4. Januar 2022, KES 21 954). 2.3.5 Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerdeantwort vom 23. Dezember 2021 beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese vollumfänglich abzuweisen (KES 21 954, pag. 39 ff.). Weiter beantragte sie, ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei auf das Verfahren KES 21 954 auszuweiten (pag. 35). 2.4 Mit Verfügung vom 29. Dezember 2021 hat der Instruktionsrichter des KESGer die Verfahren KES 21 948 und KES 21 954 vereinigt und unter der Verfahrensnummer KES 21 948 weitergeführt. Der Instruktionsrichter des KESGer hat zudem antragsgemäss das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der Beschwerdeführerin auf das bisherige Verfahren KES 21 954 ausgedehnt (KES 21 954, pag. 55 ff.). 2.5 Am 4. Januar 2022 hat der Beschwerdeführer unaufgefordert eine Replik zur Beschwerdeantwort der Beschwerdeführerin vom 23. Dezember 2021 eingereicht, unter Beilage des Abklärungsberichts des Sozialdienstes Region Jungfrau vom 20. Dezember 2021 (pag. 65 ff.). II. 3.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin stellt in ihrer Beschwerde einen Antrag auf Parteibefragung (KES 21 948, pag. 17; wiederholt in der Beschwerdeantwort vom 23. Dezember 2021, KES 21 954, pag. 47). Der für das Beschwerdeverfahren rechtserhebliche Sachverhalt lässt sich aufgrund der Akten hinreichend feststellen. In den Akten finden sich neben verschiedenen Berichten über die begleiteten Besuche auch die Aussagen der Parteien anlässlich ihren Anhörungen durch die KESB und verschiedene Eingaben der Parteien, in welchen diese ihre Sicht der Dinge schildern. Von einer Parteibefragung durch das KESGer sind keine neuen Erkenntnisse zu erwarten, weshalb der Beweisantrag der Beschwerdeführerin abgewiesen wird (antizipierte Beweiswürdigung: Art. 18 Abs. 2 VRPG).

E. 7.2

Ebenfalls in antizipierter Beweiswürdigung abgewiesen wird der Antrag des Beschwerdeführers auf Beizug der Akten des Regionalgerichts Oberland im hängigen Eheschutzverfahren (KES 21 954, pag. 13). Neue Erkenntnisse zum rechtserheblichen Sachverhalt sind aus diesen Akten nicht zu erwarten, zumal bislang noch keine Eheschutzverhandlung stattgefunden hat.

E. 8

4.

E. 8.1

Zu prüfen ist zunächst, ob die KESB für die vorsorgliche Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Beschwerdeführer und E. _____ zuständig war, nachdem die Beschwerdeführerin am 5. Oktober 2021 ein Eheschutzverfahren beim Regionalgericht Oberland eingeleitet hatte.

E. 8.2

Die KESB erwog im angefochtenen Entscheid, aufgrund der Akten und des bisherigen Verfahrensverlaufs erscheine eine vorsorgliche Regelung des persönlichen Verkehrs aus Sicht des Kindeswohls dringlich, um einer weiteren Entfremdung von E. _____ zum Kindsvater entgegenzuwirken. Die KESB führe zum einen ein vor dem gerichtlichen Verfahren eingeleitetes Kindesschutzverfahren fort, andererseits könnten die aus Sicht des Kindeswohls dringlich erforderlichen Massnahmen voraussichtlich zeitnaher durch die KESB angeordnet werden als durch das Regionalgericht Oberland (E. II/7 des angefochtenen Entscheids).

E. 8.3

Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, die KESB greife in die Zuständigkeit des Regionalgerichts ein. Zum einen handle es sich nicht um eine Kindesschutzmassnahme. Zum anderen sei keine zeitliche Dringlichkeit gegeben, denn es fanden freiwillige regelmässige Kontakte zwischen dem Kindsvater und der Tochter statt. Eine drohende Entfremdung liege damit nicht vor. Die Beschwerdeführerin sei bereit, dass die freiwillig installierten Besuche (einmal wöchentlich jeweils Diens- tagvormittag von 09:00 – 11:30 Uhr in begleitetem Rahmen) vorsorglich und bis zur Eheschutzverhandlung vom 18. Januar 2021 geregelt würden (KES 21 948, pag. 9 ff.).

E. 8.4.1

Grundsätzlich ist die KESB nach Art. 315 Abs. 1 ZGB zuständig für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen. In eherechtlichen Verfahren hat das Gericht die Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten. Es trifft auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen und betraut die KESB mit dem Vollzug. Jedoch behält Art. 315a Abs. 3 ZGB ausnahmsweise die Zuständigkeit der KESB in zwei Fällen vor: Die Kindesschutzbehörde bleibt jedoch befugt: 1. ein vor dem gerichtlichen Verfahren eingeleitetes Kindesschutzverfahren weiterzuführen; 2. die zum Schutz des Kindes sofort notwendigen Massnahmen anzuordnen, wenn sie das Gericht voraussichtlich nicht rechtzeitig treffen kann.

E. 8.4.2

Die KESB bleibt zur Weiterführung eines Kindesschutzverfahrens befugt, wenn das Kindesschutzverfahren vor dem eherechtlichen Verfahren eingeleitet wurde, ausser die Verhältnisse hätten sich gegenüber den von der KESB beurteilten Verhältnissen grundsätzlich verändert und das Gericht hätte deshalb nicht die bestehende Anordnung anzupassen, sondern eine neue Situation zu beurteilen (Art. 315a Abs. 3 Ziff. 1 ZGB; vgl. BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl. 2018, N. 8 zu Art. 315-315b ZGB). Eine Dringlichkeitszuständigkeit (Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB) ist gemäss Bundesgericht dann zu bejahen, wenn es

E. 8.4.3

Die Zuständigkeit der KESB besteht nach Art. 315a Abs. 3 ZGB nur weiter für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen im Sinne von Art. 307 ff. ZGB. Art. 315a Abs. 3 Ziff. 1 ZGB ist nicht ausdehnend auf die Regelung weiterer Kinderbelange zu verstehen (vgl. BGE 145 III 436 E. 4 S. 439 f. betreffend Kindesunterhalt). Die Art. 133 Abs. 1, 176 Abs. 3 und Art. 275 Abs. 2 ZGB zielen in die gleiche Richtung wie Art. 298b Abs. 3 und Art. 298d Abs. 3 ZGB und Art. 304 Abs. 2 ZPO. Das Bundesgericht weist im erwähnten Entscheid darauf hin, dass Obhuts- und Betreuungsfragen für die Unterhaltsfestsetzung ausschlaggebend seien. In den eherechtlichen Verfahren geht es meist auch zentral um Unterhalt. Nach der ratio legis, wonach das für den Unterhalt zuständige Gericht alle dafür wesentlichen Fragen regelt, sollten diese Fälle alle möglichst gleich behandelt werden und es sollten gegenüber eherechtlichen Verfahren möglichst nicht andere Zuständigkeitsregeln für die KESB gelten als gegenüber Unterhaltsklagen. Das Gesetz sieht als Kindesschutzmassnahmen insbesondere die Beratung, die Ermahnung oder die Erteilung bestimmter Weisungen an die Eltern, die Pflegeeltern oder das Kind vor (Art. 307 Abs. 3 ZGB). Wo diese mildesten Massnahmen nicht ausreichen, ist entweder eine Beistandschaft anzuordnen (Art. 308 ZGB), das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern aufzuheben (Art. 310 ZGB) oder als letztes Mittel die elterliche Sorge zu entziehen (vgl. zu den einzelnen Kindesschutzmassnahmen BREITSCHMID, a.a.O., N. 2 und N. 19 ff. zu Art. 307 ZGB). Kindesschutzmassnahmen dienen ausschliesslich der Abwendung einer Kindeswohlgefährdung (BGE 140 III 10 E. 6 S. 14). Die Regelung des persönlichen Verkehrs oder die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil fallen nicht unter die Kindesschutzmassnahmen im Sinne von Art. 307 ff. ZGB.

E. 8.5

Die KESB war nach dem Gesagten ab der Einleitung des Eheschutzverfahrens am 5. Oktober 2021 nicht mehr zuständig für die vorsorgliche Regelung des persönlichen Verkehrs. Mit der in Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids getroffenen vorsorglichen

Anordnung betreffend das Besuchsrecht des Kindsvaters hat die KESB ihre Entscheidkompetenz überschritten. Ebenfalls nicht mehr zuständig wäre die KESB für die vorsorgliche Zuteilung der Obhut an einen Elternteil gewesen. Es kann daher entgegen der Argumentation des Beschwerdeführers (KES 21 954, pag. 5) auch keine Rechtsverweigerung darstellen, wenn die KESB im Entscheid vom 25. November 2021 auf eine entsprechende Zuteilung verzichtet beziehungsweise sich mit der Frage nicht mehr befasst hat, nachdem sie den Antrag auf suspensorische Obhutszuteilung an den Kindsvater mit Entscheid vom 24. September 2021 abgewiesen hatte. Die Zuständigkeit für die (vorsorgliche) Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Beschwerdeführer und E. _____ sowie eine allfällige Obhutszuteilung liegt einzig beim Regionalgericht Oberland.

E. 8.6

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass während des Aufenthalts von E. _____ zusammen mit der Kindsmutter in einem Frauenhaus keine Gefährdung von E. _____ erkennbar ist. Ebenso wenig kann bei einem Verzicht auf die Ausdehnung des bisherigen Besuchsrechts von einer Kindeswohlgefährdung ge-

E. 9

III. 8.

E. 9.1

Die Beschwerde der Kindsmutter wird nach dem Gesagten gutgeheissen. Die Beschwerde des Kindsvaters wird abgewiesen, soweit diese nicht gegenstandslos geworden ist.

E. 9.2

Die von der KESB in Überschreitung ihrer Kompetenz getroffene vorsorgliche Regelung hat lediglich die Anfechtbarkeit und nicht die Nichtigkeit des Entscheids zur Folge (BGE 145 III 436 E. 4 S. 440). Soweit die Parteien den Entscheid der KESB nicht angefochten haben, hat dieser folglich weiterhin Geltung. Die Beschwerdeführerin beantragt keine vollständige Aufhebung von Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids, sondern die vorsorgliche Regelung des persönlichen Verkehrs dahingehend, dass einmal wöchentlich jeweils am Dienstagvormittag von 09:00 – 11:30 Uhr begleitete Besuche stattzufinden hätten. Die Ausübung eines wöchentlichen begleiteten Besuchsrechts entspricht im Wesentlichen dem bis zum angefochtenen Entscheid gelebten Besuchsrechtsmodell (vgl. Rückmeldung Besuchsrechtsbegleitung vom 25. Oktober 2021, E-Mail vom 22. Oktober 2021 betreffend Besuch vom 21. Oktober 2021, Rückmeldung Besuchsrechtsbegleitung vom 23. November 2021 und E-Mail vom 24. November 2021, alle in den KESB Akten). Die Erwägung der KESB, wonach im Zeitpunkt des Entscheids vom 25. November 2021 nur noch die Übergaben begleitet stattgefunden hätten (vgl. E. II/6 des angefochtenen Entscheids), bestätigt sich mit Blick auf die Rückmeldungen zur bisherigen Besuchsrechtsbegleitung nicht.

E. 9.3

Die Ziff. 1 des Entscheids der KESB vom 25. November 2021 wird daher wie folgt abgeändert: Die Ausübung des persönlichen Verkehrs zwischen E. _____ und C. _____ wird bis zum Vorliegen eines Entscheids des Regionalgerichts Oberland im Eheschutzverfahren wie folgt vorsorglich geregelt: Dienstagvormittag, 09:00-11:30 Uhr, wobei die Besuche begleitet stattzufinden haben.

E. 10

dem Gericht aufgrund fehlender Auseinandersetzung mit dem Fall in der Vergangenheit sowie aufgrund räumlicher Distanz an Vertrautheit mit den familiären Verhältnissen mangelt (Urteil des Bundesgerichts 5C.252/2005 vom 16. Dezember 2005).

E. 11

sprochen werden, der dringend zu begegnen wäre. Auch dem Abklärungsbericht des Sozialdienstes Region Jungfrau vom 20. Dezember 2021 kann nicht entnommen werden, dass die vorläufige Beibehaltung der bisher gelebten Betreuung eine akute Kindeswohlgefährdung für E. _____ mit sich bringen würde. Eine Entfremdung zwischen E. _____ und dem Beschwerdeführer ist bei weiterhin einmal wöchentlich stattfindenden Besuchen nicht zu befürchten. Am 18. Januar 2022 findet bereits die Eheschutzverhandlung vor dem Regionalgericht Oberland statt. Der Beschwerdeführer hat zudem am 17. Dezember 2021 im hängigen Eheschutzverfahren ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit identischen Rechtsbegehren wie in seiner vorliegenden Beschwerde gestellt (vgl. Beilage zur Beschwerdeantwort vom 17. Dezember 2021). Damit wird sich das Regionalgericht Oberland zu befassen haben. 9.

E. 11.1

Voraussetzung für die Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege ist gemäss Art. 111 Abs. 1 VRPG, dass die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (formelle Voraussetzung, Bst. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (materielle Voraussetzung, Bst. b). Unter den gleichen Voraussetzungen kann einer Partei eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 111 Abs. 2 VRPG).

E. 11.2

Eine Person ist bedürftig, wenn sie nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und ihre Familie notwendig sind (BGE 127 I 202 E. 3b S. 205 f.).

E. 11.3

Als aussichtslos gelten nach konstanter Rechtsprechung Prozessbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_963/2013 vom

E. 12

IV. 10. Die Beschwerdeführerin hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren gestellt (Verfahren KES 21 949). 11.

E. 12.1

Die Beschwerdeführerin erzielt kein eigenes Einkommen und wird vom Sozialdienst unterstützt (vgl. Beilage 3 zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege). Sie gilt damit ohne weiteres als mittellos im Sinne von Art. 111 Abs. 1 VRPG. Ihre Beschwerde kann zudem nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden. Das Gesuch um unentgeltliche

Rechtspflege ist gutzuheissen.

E. 12.2

Aufgrund der sich stellenden Rechtsfragen war die rechtsunkundige Beschwerdeführerin zudem auf anwaltliche Unterstützung angewiesen. Ihr wird daher antragsgemäss Rechtsanwältin B. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin beigeordnet. V. 13. Wie ausgeführt, handelt es sich bei der Regelung des persönlichen Verkehrs und der Obhut nicht um Kinderschutzmassnahmen im Sinne von Art. 307 ff. ZGB. Das Beschwerdeverfahren ist daher kostenpflichtig (Art. 70 Abs. 3 Bst. d KESG e contrario). Der Beschwerdeführer unterliegt mit seiner Beschwerde und hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

13 14. 14.1 Die gestützt auf Art. 46 Abs. 2 i.V.m. Art. 51 Bst. a des Verfahrenskostendekrets (VKD; BSG 161.12) auf CHF 800.00 bestimmten oberinstanzlichen Verfahrenskosten werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet. 14.2 Für den Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (KES 21 949) werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 112 Abs. 1 VRPG).

E. 15

Januar 2014 E. 4.1; BGE 138 III 217 E. 2.2.4). 12.

E. 15.1

Der unterliegende Beschwerdeführer hat der Beschwerdeführerin zudem ihre Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

E. 15.2

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand, wobei sich die Bemessung des Parteikostenersatzes nach den Vorschriften der Anwaltsgesetzgebung richtet (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Im Beschwerdeverfahren in Verwaltungsrechtssachen beträgt das Honorar CHF 400.00 bis CHF 11'800.00 pro Instanz (Art. 11 der Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes [PKV; BSG 168.811]). Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand und der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).

E. 15.3

Rechtsanwältin B. _____ macht in ihrer Kostennote vom 3. Januar 2022 eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 1'906.20 geltend (Honorar CHF 1'748.00, Auslagen CHF 21.90, 7.7% MWST CHF 136.30; KES 21 948, pag. 67 ff.). Das verlangte Honorar erscheint angesichts des in der Sache gebotenen Zeitaufwands, der Bedeutung der Streitsache und der sich stellenden Rechts- und Tatfragen angemessen. Die geltend gemachten Auslagen und die Berücksichtigung der gesetzlichen Mehrwertsteuer geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

E. 15.4

Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF 1'906.20 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen.

E. 16

Kanton Bern die ausgerichtete Entschädigung zurückzuzahlen, sobald sie dazu in der Lage ist. Schliesslich hat die Beschwerdeführerin Rechtsanwältin B. _____ den nachforderbaren Betrag zu entrichten, sobald sie dazu in der Lage ist 9. Zu eröffnen: - der Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwältin B. _____ - dem Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt D. _____ - der Vorinstanz Mitzuteilen: - dem Kantonalen Jugendamt, Gerechtigkeitsgasse 81, 3011 Bern - dem Sozialdienst Region Jungfrau - dem Regionalgericht Oberland, z. H. Gerichtspräsident F. _____ (CIV 21 2573) Bern, 6. Januar 2022 (Ausfertigung: 10. Januar 2022) Im Namen des Kindes- und Erwachsenenschutzgerichts Der Referent: Oberrichter D. Bähler Die Gerichtsschreiberin: Kislig 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 Bundesgesetzes vom

E. 16.1

Für den Fall der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung beim Beschwerdeführer ist die amtliche Entschädigung von Rechtsanwältin B. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeiständin der Beschwerdeführerin festzusetzen.

E. 16.2

Im Kanton Bern ist die Entschädigung der amtlich bestellten Anwälte in Art. 42 KAG geregelt. Danach bemisst sich die angemessene Entschädigung nach dem gebotenen Zeitaufwand und entspricht höchstens dem Honorar gemäss der Tarifordnung für den Parteikostenersatz gemäss Art. 41 KAG; bei der Festsetzung des gebotenen Zeitaufwands sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses zu berücksichtigen (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 und 2 KAG). Auslagen und Mehrwertsteuer werden zusätzlich entschädigt (Art. 42 Abs. 1 Satz 3 KAG). Die Aufwendungen für die Erlangung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege sind nach den gleichen Regeln zu entschädigen (Art. 42 Abs. 3 KAG). Der Stundenansatz für die Entschädigung der amtlich bestellten Anwälte beträgt

14 CHF 200.00 (Art. 42 Abs. 4 KAG i.V.m. Art. 1 der Verordnung über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte [EAV; BSG 168.711]).

E. 16.3

Rechtsanwältin B. _____ macht in ihrer Kostennote eine amtliche Entschädigung von CHF 1'660.60 geltend, entsprechend einem Aufwand von 7.6 Stunden (KES 21 948, pag. 67 ff.). Der geltend gemachte Aufwand erscheint geboten.

E. 16.4

Die amtliche Entschädigung von Rechtsanwältin B. _____ wird für den Fall der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung antragsgemäss wie folgt bestimmt: Stunden Satz Zeitaufwand 7.60 200.00 CHF 1'520.00 CHF 21.90 Mehrwertsteuer 7.7% auf CHF 1'541.90 CHF 118.75 Total, vom Kanton Bern auszurichten CHF 1'660.65 Honorar gemäss Parteikostenverordnung CHF 1'748.00 CHF 21.90 Mehrwertsteuer 7.7% auf CHF 1'769.90 CHF 136.30 Total CHF 1'906.20 nachforderbarer Betrag CHF 245.55 Auslagen MWSt-pflichtig Auslagen MWST-pflichtig Im Umfang der ausgerichteten Entschädigung geht der Anspruch auf den Kanton Bern über (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Subsidiär dazu hat die Beschwerdeführerin dem Kanton Bern die ausgerichtete Entschädigung zurückzuzahlen, sobald sie dazu in der Lage ist. Schliesslich hat die Beschwerdeführerin

Rechtsanwältin B. _____ den nachforderbaren Betrag zu entrichten, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 113 Abs. 1 VRPG, Art. 123 ZPO und Art. 42a KAG).

15 Das Gericht entscheidet: 1. Es wird festgestellt, dass die Dispositiv Ziffern 2 bis 7 des Entscheids der KESB Oberland Ost vom 25. November 2021 in formelle Rechtskraft erwachsen sind. 2. Die Beschwerde des Beschwerdeführers wird abgewiesen, soweit diese nicht gegenstandslos geworden ist (KES 21 954). 3. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin wird gutgeheissen (KES 21 948). Die Dispositiv Ziffer 1 des Entscheids der KESB Oberland Ost vom 25. November 2021 wird abgeändert und lautet neu wie folgt: Die Ausübung des persönlichen Verkehrs zwischen E. _____ und C. _____ wird bis zum Vorliegen eines Entscheids des Regionalgerichts Oberland im Eheschutzverfahren wie folgt vorsorglich geregelt: Dienstagvormittag, 09:00-11:30 Uhr, wobei die Besuche begleitet stattzufinden haben. 4. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird gutgeheissen und es wird ihr Rechtsanwältin B. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin beigeordnet (KES 21 949). 5. Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 800.00, werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt und dem von ihm geleisteten Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen. 6. Für das Verfahren betreffend Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben (KES 21 949). 7. Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdeführerin für das oberinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'906.20 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen. 8. Für den Fall der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung gemäss Ziffer 7 hiervor wird die amtliche Entschädigung von Rechtsanwältin B. _____ für die Beschwerdeverfahren wie folgt bestimmt: Stunden Satz Zeitaufwand 7.60 200.00 CHF 1'520.00 CHF 21.90 Mehrwertsteuer 7.7% auf CHF 1'541.90 CHF 118.75 Total, vom Kanton Bern auszurichten CHF 1'660.65 Honorar gemäss Parteikostenverordnung CHF 1'748.00 CHF 21.90 Mehrwertsteuer 7.7% auf CHF 1'769.90 CHF 136.30 Total CHF 1'906.20 nachforderbarer Betrag CHF 245.55 Auslagen MWST-pflichtig Auslagen MWST-pflichtig Im Umfang der ausgerichteten Entschädigung geht der Anspruch auf den Kanton Bern über (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Subsidiär dazu hat die Beschwerdeführerin dem

E. 17

Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Zwischenentscheide können nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG angefochten werden. Betreffend vorsorgliche Massnahmen 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 genügen.

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