

**Décisions de l'APEA rendues en violation du principe de l'attraction de compétence (art. 275 et 307 CC).** Des ordonnances ou des décisions rendues par l'APEA en violation du principe de l'attraction juridictionnelle de compétence ne sont pas nulles, tant qu'elles concernent des causes pour lesquelles elle peut en principe être compétente (arrêt du TF 5A\_977/2018, consid. 4, destiné à la publication). En l'espèce, l'affaire concerne les modalités du droit de visite entre un père et son fils ; il ne s'agit pas d'une question d'entretien de l'enfant sur laquelle l'APEA ne devrait pas d'emblée prendre une décision faisant autorité (consid. 4.1).

**Droit de visite (art. 273 CC). Âge à partir duquel l'enfant est apte à former sa volonté.** Rappel de principes (consid. 4.2).

**Idem. Importance de la relation avec les deux parents.** Rappel de principes (consid. 4.2).

#### Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,  
Bundesrichter von Werdt, Schöbi,  
Gerichtsschreiber Möckli.

#### Verfahrensbeteiligte

A.E.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Sandor Horvath,  
Beschwerdeführerin,

#### *gegen*

B.E.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Künzler,  
Beschwerdegegner,

C.E. und D.E.,  
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christophe A. Herzig.

#### Gegenstand

Persönlicher Verkehr, Strafandrohung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, Kindes- und Erwachsenenschutzgericht, vom 19. August 2019 (KES 19 277, KES 19 278).

#### Sachverhalt:

##### **A.**

A.E. und B.E. sind die verheirateten Eltern von C.E. (geb. 2012) und D.E. (geb. 2014). Seit 2016 leben sie getrennt und haben vereinbart, dass die Obhut über die Kinder der Mutter zukommt. Seit dem 13. November 2018 ist vor dem Regionalgericht Oberland das Scheidungsverfahren hängig und am 3. Dezember 2018 wurden überdies vorsorgliche Massnahmen angebeht.

##### **B.**

Nachdem die Kinder vorerst regelmässig Zeit beim Vater verbracht hatten, kam es zu Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Besuchsrechts. Der Vater wandte sich deshalb am 28. Mai 2018 an die KESB Oberland Ost und machte geltend, die Mutter schränke eigenmächtig sein Kontaktrecht zu den beiden Söhnen ein. Am 30. Mai 2018 eröffnete die KESB Oberland Ost ein Kindesschutzverfahren.

In der Folge zog die Mutter Anfang August 2018 mit den Söhnen ohne Vorankündigung von U. nach Luzern. Seither stehen die Eltern bzw. steht die Mutter mit dem Vater und den Grosseltern mütterlicher- wie auch väterlicherseits in offenem Streit. Anfänglich klappten die Besuchswochenenden und auch die Übergaben noch gut. Im Anschluss an die Herbstferien jedoch, welche die Kinder mit der Mutter und deren neuem Partner verbrachten, teilten sie dem Vater mit Blick auf das Wochenende vom 19. Oktober 2018 telefonisch mit, dass sie nicht auf Besuch kommen wollten, und beim Wochenende vom 9. November 2018 wehrten sie sich anlässlich der Übergabe, mit dem Vater und der Grossmutter mütterlicherseits mitzugehen.

Nachdem die KESB für die Kinder bereits am 17. Juli 2018 vorsorglich und am 9. Oktober 2018 definitiv eine Beistandschaft nach **Art. 308 Abs. 2 ZGB** errichtet und im Übrigen auch den persönlichen Verkehr zwischen Vater und Kindern geregelt hatte, erteilte sie der Mutter am 15. November 2018 Weisungen und ordnete superprovisorisch eine sozialpädagogische Familienbegleitung an, die sie mit vorsorglichem Entscheid vom 20. Dezember 2018 bestätigte. Im Januar 2019 verlangte die Mutter die Sistierung der Besuche mit der Begründung, die Kinder würden keinen Kontakt zum Vater wünschen. In der Folge reduzierte die KESB den Kontakt am 5. Februar 2019 vorsorglich auf einen Besuchstag von acht Stunden alle zwei Wochen unter sozialpädagogischer Begleitung, zumal sich die Mutter mit begleiteten Besuchen einverstanden erklärt hatte. Trotz dieser Massnahmen gelang es nicht, den Kontakt zwischen Vater und Kindern wieder einzurichten. Die Mutter stellte sich im März 2019 auf den Standpunkt, die beiden Söhne würden den Vater nicht sehen wollen, und sie werde diese nicht zwingen.

#### **C.**

Darauf verpflichtete die KESB die Mutter am 4. April 2019 nach Gewährung des rechtlichen Gehörs unter Strafbewehrung, das angeordnete begleitete Besuchsrecht einzuhalten.

Gegen diesen Entscheid erhob die Mutter beim Obergericht des Kantons Bern Beschwerde, welches am 17. April 2019 das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und mit Entscheid vom 19. August 2019 die Beschwerde abwies.

#### **D.**

Parallel dazu verlangte die Mutter am 13. Mai 2019 die Übertragung der vorsorglichen Kindesschutzmassnahmen an die KESB der Stadt Luzern. Die KESB Oberland Ost wies diesen Antrag am 14. Mai 2019 ab.

Gegen diesen Entscheid erhob die Mutter beim Obergericht ebenfalls Beschwerde, welches diese mit Entscheid vom 19. August 2019 abwies.

#### **E.**

Gegen die beiden obergerichtlichen Entscheide vom 19. August 2019 hat die Mutter am 23. September 2019 beim Bundesgericht je eine Beschwerde eingereicht und unentgeltliche Rechtspflege verlangt. Betreffend die Abtretung der Zuständigkeit (zugrunde liegender KESB-Entscheid vom 14. Mai 2019) wurde das Verfahren Nr. 5A\_762/2019 und betreffend strafbewehrte Kontaktregelung (zugrunde liegender KESB-Entscheid vom 4. April 2019) das Verfahren Nr. 5A\_763/2019 eröffnet. Am 3. und am 15. Oktober 2019 wurde je eine als "echtes Novum" betitelte Eingabe nachgereicht. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt, aber die kantonalen Akten beigezogen.

## Erwägungen:

### 1.

Die Beschwerdeführerin verlangt die Vereinigung der beiden Verfahren.

Es besteht insofern eine gewisse Sachnähe, als im Verfahren 5A\_763/2019 vorfrageweise die Feststellung der Nichtigkeit des KESB-Entscheidung vom 4. April 2019 wegen Unzuständigkeit verlangt und damit die Thematik in den Vordergrund gerückt wird, wie sie dem Verfahren 5A\_762/2019 zugrunde liegt. Indes geht es im Verfahren 5A\_763/2019 von der Sache her nicht um die Zuständigkeit, sondern um die Frage der Strafbewehrung der vorläufig angeordneten begleiteten Besuche. Sodann ist die Kognition unterschiedlich, weil diese Massnahme unter **Art. 98 BGG** fällt.

Eine Verfahrensvereinigung ist aus diesen Gründen nicht angezeigt.

### 2.

Angefochten ist die nachträgliche Strafbewehrung für eine vorsorglich erlassene begleitete Besuchsrechtsregelung. Die Kognition ist folglich identisch, wie wenn die Strafbewehrung direkt in der vorsorglichen Massnahme angeordnet worden wäre.

Bei vorsorglichen Massnahmen ist gemäss **Art. 98 BGG** nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich. Es gilt somit das strenge Rügeprinzip im Sinn von **Art. 106 Abs. 2 BGG** und das Bundesgericht prüft in diesem Fall nur klar und detailliert erhobene Rügen, während es auf appellatorische Kritik nicht eintritt (**BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 142 III 364 E. 2.4 S. 368**).

### 3.

Die Beschwerde ist weitestgehend rein appellatorisch begründet. Eine Verfassungsverletzung wird jedoch dahingehend geltend gemacht, dass dem Obergericht eine Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs (**Art. 29 Abs. 2 BV**) vorzuwerfen sei.

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesst die Pflicht, einen Entscheid so abzufassen, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Daher müssen - im Sinn der entscheidungswesentlichen Gesichtspunkte - wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf welche sich sein Entscheid stützt (**BGE 139 IV 179 E. 2.2 S. 183; 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253**).

Das Obergericht hat sich in seinem 20-seitigen, sorgfältig begründeten Entscheid zu allen wesentlichen Vorbringen der kantonalen Beschwerde geäussert und es ist in jeder Hinsicht klar, von welchen Überlegungen es sich hat leiten lassen. Insbesondere hat es sich entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin auch zu den Berichten vom 25. Februar 2019 und 21. März 2019 geäussert (vgl. angefochtener Entscheid, S. 15 und 16). Die (ebenfalls 20-seitige) Beschwerde zeigt im Übrigen, dass die Beschwerdeführerin - soweit taugliche Rügen erhoben worden wären - den Entscheid sachgerecht hätte anfechten können.

### 4.

Mit Ausnahme der Gehörrüge bleiben die Ausführungen in der Beschwerde appellatorisch - woran das auf S. 17 zufällig erscheinende Wort "willkürlich" nichts ändert, weil weder explizit noch von der Sache her Willkürerügen erhoben werden -, weshalb schon aus diesem Grund auf sie nicht eingetreten werden kann. Sodann stützt sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerde sowie in ihren "Noveneingaben" auf verschiedene echte Noven, welche im bundesgerichtlichen Verfahren von vornherein ausgeschlossen sind (**BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 344; 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123**; dazu gehört namentlich die vor dem Regionalgericht Oberland abgeschlossene Vereinbarung, welche vom 19.

August 2019 datiert und deshalb dem Obergericht nicht bekannt sein konnte sowie der Entscheid des Regionalgerichtes Oberland vom 3. September 2019), und im Übrigen auf diverse weitere Sachbehauptungen, von denen jedoch nicht aufgezeigt wird, dass und an welcher Stelle sie bereits im kantonalen Verfahren eingebracht worden wären, so dass sie ebenfalls als neu und deshalb unzulässig zu gelten haben (**Art. 99 Abs. 1 BGG**). Dennoch sei nachfolgend kurz festgehalten, dass die Beschwerde ohnehin in der Sache unbegründet wäre.

**4.1.** Vorab wird Nichtigkeit des KESB-Entscheidung vom 4. April 2019 behauptet, weil es an der örtlichen wie auch an der sachlichen Zuständigkeit gefehlt habe (die Kinder wohnten seit längerem in Luzern, das Verfahren vor der KESB Oberland Ost habe am 20. Dezember 2018 seinen Abschluss gefunden, im Übrigen sei zwischenzeitlich das Gericht angerufen worden, welches somit für alle Kindesbelange zuständig sei und ohnehin dürfe die KESB den persönlichen Verkehr gar nicht regeln). Für die Frage der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit kann auf die Erwägungen 4.2 und 4.3 des parallelen Urteils 5A\_762/2019 verwiesen werden. Wenn die Beschwerdeführerin sodann behauptet, die KESB dürfe ganz allgemein nur Kindesschutzmassnahmen im engen Sinn (d.h. Massnahmen gemäss **Art. 307 ff. ZGB**) treffen, nicht aber ein Besuchsrecht regeln und schon gar keine Strafandrohung gemäss **Art. 292 StGB** erlassen, übersieht sie offenkundig **Art. 275 Abs. 1 ZGB**, welche der KESB ausserhalb von Gerichtsverfahren die Kompetenz zu autoritativen Anordnungen betreffend den persönlichen Verkehr gibt.

**Was spezifisch die Frage der Nichtigkeit anbelangt, hat das Bundesgericht neulich in einem zur Publikation vorgesehenen Urteil festgehalten, dass Anordnungen bzw. Entscheide, welche die KESB in Missachtung gerichtlicher Kompetenzattraktion erlassen hat, nicht richtig sind, soweit es sich um Angelegenheiten handelt, für welche sie grundsätzlich eine Zuständigkeit haben kann (Urteil 5A\_977/2018 vom 22. August 2019 E. 4). Nach dem Gesagten ist dies vorliegend der Fall; es geht nicht um Kindesunterhalt, über welchen die KESB von vornherein nicht autoritativ entscheiden dürfte, sondern um Modalitäten im Bereich des Besuchsrechts zwischen Vater und Kindern.**

**4.2.** In der Sache selbst beschränkt sich die Beschwerdeführerin in ihren rein appellatorischen Ausführungen auf die Behauptung, aufgrund der Strafbewehrung müsste sie den autonom gebildeten Kindeswillen brechen, was nicht im Kindeswohl liege (insbesondere S. 16).

Selbst bei voller Kognition - vorliegend sind wie gesagt Verfassungsrügen erforderlich - wäre dies keine genügende Auseinandersetzung im Sinn von **Art. 42 Abs. 2 BGG** mit den diesbezüglichen ausführlichen Erwägungen des angefochtenen Entscheides. **Im Übrigen besteht gemäss konstanter und auf kinderpsychologische Literatur gestützter bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei Kindern erst ab ungefähr einem Alter von elf bis zwölf Jahren die emotionale und kognitive Reife zu überdauernder eigener Meinungsbildung, weshalb nicht vor diesem Alter von einer umfassenden autonomen Willensbildungsfähigkeit auszugehen ist (BGE 133 III 146 E. 2.4 S. 150; Urteile 5A\_397/2011 vom 14. Juli 2011 E. 2.3; 5A\_911/2012 vom 14. Februar 2013 E. 7.2.2; 5A\_2/2016 vom 28. April 2016 E. 2.3; 5A\_775/2016 vom 17. Januar 2017 E. 3.3). Sodann ist die obhutsberechtigte Person gemäss publizierter bundesgerichtlicher Rechtsprechung verpflichtet, die Kinder positiv auf Besuche und Kontakte mit dem anderen Elternteil einzustimmen (BGE 142 III 1 E. 3.4 S. 7; 142 III 481 E. 2.8 S. 496); entsprechend darf sie zu solchem Verhalten angehalten werden.**

D.E. ist fünf und C.E. sieben Jahre alt. Aus der sich auf die zahlreichen Berichte von Fachpersonen stützenden ausführlichen Darstellung im angefochtenen Entscheid scheinen sie von der Mutter stark beeinflusst zu werden und einem heftigen Loyalitätskonflikt ausgesetzt zu sein, den sie dahingehend zu lösen suchen, dass sie sich auf die Seite des Elternteils schlagen, mit dem sie täglich zusammenleben. Es ist indes die Pflicht der Mutter, die Kinder aus dem elterlichen Konflikt herauszuhalten und in deren Interesse den - wie sich nach den obergerichtlichen

Sachverhaltsfeststellungen aus den Begleitberichten ergibt - an sich guten und tragfähigen Kontakt zum Vater zuzulassen und zu fördern. Ohne Kontakte besteht nach den Erwägungen des Obergerichtes die Gefahr, dass sich bei C.E. und D.E. ein zunehmend realitätsferneres Vaterbild verfestigt, und ganz allgemein ist in der Entwicklung von Kindern die Beziehung zu beiden Elternteilen wichtig, da sie bei der Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann (**BGE 123 III 445** E. 3c S. 452; **130 III 585** E. 2.2.2 S. 590; **131 III 209** E. 5 S. 212 f.; Urteile 5A\_962/2018 vom 2. Mai 2019 E. 5.2.1; 5A\_111/2019 vom 9. Juli 2019 E. 2.3).

#### 5.

Das Obergericht hat die unentgeltliche Rechtspflege verweigert, indem es ein Einkommen der Beschwerdeführerin von Fr. 3'790.-- und einen Bedarf von Fr. 2'487.60 sowie einen daraus resultierenden monatlichen Überschuss von Fr. 1'300.-- festgestellt hat.

Kantonale Sachverhaltsfeststellungen sind für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich (**Art. 105 Abs. 1 BGG**). In diesem Bereich können - und dies wäre sogar unabhängig von der Kognitionsbeschränkung nach **Art. 98 BGG** der Fall - nur Willkürrügen erhoben oder andere Verfassungsverletzungen geltend gemacht werden (**BGE 140 III 264** E. 2.3 S. 266).

Die Ausführungen in der Beschwerde zur Einkommens- und Bedarfssituation bleiben rein appellatorisch. Es werden keinerlei Verfassungsverletzungen geltend gemacht und insbesondere keine Willkürrügen erhoben.

Mangels tauglicher Rügen muss es bei der obergerichtlichen Feststellung eines monatlichen Überschusses von Fr. 1'300.-- sein Bewenden haben. Dass davon ausgehend Prozessarmut zu bejahen wäre, behauptet auch die Beschwerdeführerin nicht.

#### 6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist und sie ohnehin offensichtlich unbegründet wäre, weshalb im vereinfachten Verfahren nach **Art. 109 Abs. 2 lit. a BGG** zu entscheiden ist.

Vor diesem Hintergrund und angesichts der vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerde als von Anfang an aussichtslos betrachtet werden muss, weshalb es an den materiellen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt (**Art. 64 Abs. 1 BGG**) und das betreffende Gesuch für das bundesgerichtliche Verfahren abzuweisen ist.

Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (**Art. 66 Abs. 1 BGG**). Der Gegenpartei ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

#### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

##### 1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

##### 2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

##### 3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

##### 4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kindesvertreter, der KESB Oberland Ost und dem Obergericht des Kantons Bern, Kindes- und Erwachsenenschutzgericht, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. Oktober 2019

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli