



5A_64/2022

Urteil vom 15. Dezember 2022
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, von Werdt, Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiberin Conrad.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,
vertreten durch Fürsprecher Urs Lanz,
Beschwerdegegnerin,

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Biel/Bienne,
Zentralstrasse 63, 2502 Biel.

Gegenstand

Neuregelung der elterlichen Sorge,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des
Kantons Bern, Kindes- und Erwachsenenschutzgericht,
vom 29. Dezember 2021 (KES 21 106 KES 21 444
KES 21 480 KES 21 116 KES 21 217 KES 21 260).

Sachverhalt:

A.

A.a A._____ und B._____ sind die unverheirateten Eltern von C._____ (geb. 2014) und D._____ (geb. 2016). Die Eltern hatten für beide Kinder die gemeinsame elterliche Sorge vereinbart. Seit 2017 leben die Eltern getrennt. Die Kinder leben bei der Mutter.

A.b Aufgrund einer Meldung der Kantonspolizei Bern über häusliche Gewalt durch den Vater gegenüber der Mutter und den Kindern eröffnete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Biel/Bienne (im Folgenden: KESB) im Jahr 2017 ein Kindesschutzverfahren. Dabei richtete sie für C._____ und D._____ eine Beistandschaft im Sinn von Art. 308 Abs. 2 ZGB. Den Kindern wurde zudem ein Kindesvertreter gemäss Art. 314a^{bis} ZGB beigeordnet. Auf Ersuchen der KESB reichte Dr. med. E._____ am 9. April 2020 ein Fachgutachten zu den Fragen der alleinigen Obhut der Mutter sowie das Besuchs- und Ferienrecht des Vaters ein. Ebenso reichte er am 15. September 2020 ein Ergänzungsgutachten zu der Frage der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter ein.

Mit Entscheid vom 29. Juni 2020 regelte die KESB die alleinige Obhut, das Besuchs- und Ferienrecht und erteilte den Eltern umfangreiche Verhaltensanweisungen, teilweise unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe im Widerhandlungsfall. Der Vater focht diesen Entscheid erfolglos bis vor Bundesgericht an (Urteil 5A_100/2021 vom 25. August 2021).

Mit Entscheid vom 14. Januar 2021 teilte die KESB der Mutter gestützt auf Art. 298d Abs. 1 ZGB die alleinige elterliche Sorge über C._____ und D._____ zu.

B.

Die von A._____ gegen den Entscheid vom 14. Januar 2021 erhobene Beschwerde wies das Obergericht des Kantons Bern, Kindes- und Erwachsenenschutzgericht, mit Entscheid vom 29. Dezember 2021 ab. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren wies das Obergericht mangels Nachweis der Bedürftigkeit ebenfalls ab.

C.

C.a A._____ (Beschwerdeführer) gelangt mit Beschwerde in Zivilsachen sowie subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 28. Januar 2022 an das Bundesgericht. Er verlangt, die Entscheide des Obergerichts des Kantons Bern vom 29. Dezember 2021 (KES 21 106, KES 21 480) seien aufzuheben (Rechtsbegehren 1). In der Sache beantragt er, es sei den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge über ihre gemeinsamen Kinder, C._____ und D._____, zu belassen (Rechtsbegehren 2). C._____ und D._____ seien sowohl rückwirkend als auch in Zukunft ihre verfassungsmässigen Rechte herzustellen. Insbesondere sei ihnen ihr Recht auf Information, Anhörung und Partizipation in allen Verfahrens- und Prozessebenen sowie -schritten und daraus resultierenden Entscheidungen, welche einen unmittelbaren oder mittelbaren Einfluss auf ihre Lebensumstände haben, zu gewähren (Rechtsbegehren 3). Weiter verlangt der Beschwerdeführer für das Verfahren vor der Vorinstanz sowie für das Verfahren vor Bundesgericht das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege (Rechtsbegehren 4).

C.b B._____ (Beschwerdegegnerin) beantragt mit Beschwerdeantwort vom 8. November 2022 die Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie einzutreten sei, und die Bestätigung der Ziffer 1 des Entscheids des Obergerichts des Kantons Bern vom 29. Dezember 2021 (KES 21 106) betreffend Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge über C._____ und D._____. Mit Gesuch vom 8. November 2022 ersucht die Beschwerdegegnerin zudem für das Verfahren vor Bundesgericht um unentgeltliche Rechtspflege und um Beiordnung ihres Rechtsvertreters als amtlichen Anwalt. Mit Eingabe vom 11. November 2022 reicht die Beschwerdegegnerin Beweismittel zu ihrem Gesuch um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege ein.

Die KESB und das Obergericht haben auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet.

C.c Der Beschwerdeführer repliziert mit Eingabe vom 17. November 2022. Er stellt zusätzlich zu seinen Rechtsbegehren in seiner Beschwerde die prozessualen Anträge, der von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegte Strafbefehl vom 5. Januar 2022, gegen den er Einsprache erhoben habe, sei aus den Akten zu weisen und die Ausführungen der Beschwerdegegnerin betreffend diesen Strafbefehl bzw. das entsprechende Strafverfahren seien nicht zu hören. Die Beschwerdegegnerin hält mit Duplik vom 2. Dezember 2022 an ihren Begehren, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, fest.

Der Beschwerdeführer hat sich mit Eingabe vom 7. Dezember 2022 dazu geäußert.

C.d Das Bundesgericht hat die kantonalen Akten eingeholt.

D.

Die Beschwerde wurde an der Sitzung der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 15. Dezember 2022 öffentlich beraten und das Urteil anschliessend an die Beratung und Abstimmung mündlich eröffnet.

Erwägungen:

1.

1.1 Angefochten ist ein Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf Rechtsmittel hin über die Neuregelung der elterlichen Sorge entschieden hat (Art. 75 und Art. 90 BGG). Der Sorgerechtsstreit zwischen unverheirateten Eltern gilt nach der Rechtsprechung als nicht vermögensrechtliche Zivilsache im Sinn von Art. 72 Abs. 1 BGG (Urteile 5A_377/2021 vom 21. Februar 2022 E. 1; 5A_239/2021 vom 29. November 2021 E. 1; 5A_241/2018 vom 18. März 2019 E. 1.2). Der Beschwerdeführer ist nach Art. 76 Abs. 1 BGG grundsätzlich zur Beschwerde berechtigt, die er auch fristgerecht erhoben hat (Art. 100 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig.

1.2 Nicht zulässig ist hingegen die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG). Sie setzt u.a. voraus, dass keine Beschwerde nach Art. 72 ff. BGG zulässig ist. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Ein Anwendungsfall von Art. 119 BGG liegt nicht vor. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist somit nicht einzutreten (vgl. Urteil 5A_176/2009 vom 6. Juni 2009 E. 1.1).

1.3 Soweit der Beschwerdeführer eine rückwirkende Gewährung verfassungsmässiger Rechte der Kinder verlangt (Rechtsbegehren 3), stellt er keinen Antrag im Rechtssinne. Vielmehr handelt es sich um eine Rüge, weshalb der angefochtene Entscheid aufgehoben werden soll. Die Rüge wird in E. 2 unten behandelt. Soweit der Beschwerdeführer auch eine künftige Gewährung der verfassungsmässigen Rechte der Kinder verlangt (Rechtsbegehren 3), fehlt es ihm hierfür von vornherein am aktuellen und damit am schutzwürdigen Interesse (Art. 76 Abs. 1 Bst. b BGG; BGE 131 I 153 E. 1.2). Auf das Rechtsbegehren 3 ist insoweit nicht einzutreten.

1.4 Soweit der Beschwerdeführer den Entscheid der KESB vom 14. Januar 2021 beanstandet und dagegen Rügen erhebt, ist er nicht zu hören. Anfechtungsobjekt bildet allein der obergerichtliche Entscheid vom 29. Dezember 2021 (vgl. vorne E. 1.1).

1.5 Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG) und prüft mit freier Kognition, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Es befasst sich aber nur mit formell ausreichend begründeten Einwänden (Art. 42 Abs. 2 BGG). In der Beschwerdebegründung ist daher in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die beschwerdeführende Partei hat in gezielter Auseinandersetzung mit den für das Ergebnis des angefochtenen Entscheids massgeblichen Erwägungen plausibel aufzuzeigen, welche Rechte bzw. Rechtsnormen die Vorinstanz verletzt haben soll (BGE 142 I 99 E. 1.7.1; 140 III 86 E. 2).

Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; strenges Rügeprinzip). Es prüft nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen (BGE 142 III 364 E. 2.4 mit Hinweisen).

1.6 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kann die rechtsuchende Partei nur vorbringen, sie seien offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich (Art. 9 BV; BGE 140 III 115 E. 2; 135 III 397 E. 1.5), oder würden auf einer anderen Bundesrechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (z.B. einer Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB) beruhen. Tatfrage ist auch die Beweiswürdigung, womit die Anfechtung der diesbezüglichen vorinstanzlichen Feststellungen ebenfalls der qualifizierten Begründungspflicht unterliegt (Urteil 5A_438/2018 vom 30. Oktober 2018 E. 1.3; vgl. auch BGE 144 V 50 E. 4.1). Der Sachverhalt ist dann offensichtlich unrichtig festgestellt bzw. die Beweise sind willkürlich gewürdigt, wenn das Gericht Sinn und Tragweite des Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidewesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder es auf Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 III 264 E. 2.3; 137 III 226 E. 4.2). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (BGE 140 III 264 E. 2.3).

In der Beschwerde ist überdies darzutun, inwiefern die Behebung der erwähnten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG; BGE 137 III 226 E. 4.2 mit Hinweis). Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 141 IV 317 E. 5.4; 140 III 264 E. 2.3; BGE 134 II 244 E. 2.2).

1.7 Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Diese Voraussetzung ist von vornherein nicht erfüllt, soweit eine Tatsache sich zwar auf das vorinstanzliche Prozessthema bezieht, jedoch erst nach dem Zeitpunkt eingetreten ist, in welchem sie im vorinstanzlichen Verfahren letztmals hätte berücksichtigt werden können. Solche echten Noven sind im bundesgerichtlichen Verfahren unzulässig. Gleiches gilt auch für Beweismittel, die erst nach dem angefochtenen Entscheid erstellt wurden (BGE 139 III 120 E. 3.1.2; 135 I 221 E. 5.2.4; 133 IV 342 E. 2.1).

Sowohl der Beschwerdeführer wie auch die Beschwerdegegnerin beziehen sich teilweise auf Tatsachen und Beweismittel, die erst nach Ausfällung des angefochtenen Entscheids am 29. Dezember 2021 entstanden sind. Es handelt sich folglich um echte Noven, die – wie insbesondere die Beschwerdegegnerin zutreffend erkennt – unbeachtlich bleiben. Das gilt namentlich für den von der Beschwerdegegnerin ins Recht gelegten Strafbefehl vom 5. Januar 2022, womit der vom Beschwerdeführer in seiner Replik gestellte Antrag, diesen aus den Akten zu weisen, gegenstandslos wird.

1.8 Der Antrag des Beschwerdeführers auf Edition des Ergänzungsgutachtens vom 16. September 2020 (recte 15. September 2020) geht von vornherein ins Leere, da dieses bei den kantonalen Akten liegt, welche das Bundesgericht eingeholt hat (vgl. vorne Bst. C.d).

2.

Der Beschwerdeführer beanstandet, die Kinder seien im Verfahren nicht angehört worden. Im Falle der Begründetheit dieses Einwands wäre der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Durchführung der Anhörung und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Deshalb ist diese Rüge vorab zu beurteilen.

2.1 Das Kind ist von der Regelung des Sorgerechts direkt betroffen. Es ist im Streit der Eltern um die gemeinsame Sorge zwar nicht Partei, verfügt aber über eine besondere prozessuale Stellung, die es ihm

erlaubt, sich in den Prozess einzubringen (vgl. Urteil 5A_721/2018 vom 6. Juni 2019 E. 2.4.1 zur Stellung des Kindes im Eheschutzverfahren; mit Hinweis auf Samuel Zogg, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, FamPra.ch 2017, S. 404 ff., insbes. S. 435 ff.). Entsprechend ist das Kind im Prozess anzuhören, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen (Art. 314a Abs. 1 ZGB, Art. 298 Abs. 1 ZPO).

Die Anhörung des Kindes ist zum einen Ausfluss seiner Persönlichkeit und dient zum andern der Sachverhaltsfeststellung. Während bei älteren Kindern der persönlichkeitsrechtliche Aspekt im Vordergrund steht und das Kind ein eigenes Mitwirkungsrecht hat, ist die Anhörung bei kleineren Kindern im Sinne eines Beweismittels zu verstehen, weshalb die Eltern sie aufgrund ihrer Parteistellung als Beweismittel beantragen können. Die Anhörung findet jedoch grundsätzlich unabhängig von Anträgen, das heisst von Amtes wegen statt. Soweit entsprechende Anträge vorhanden sind, besteht unter Vorbehalt der vom Gesetz genannten wichtigen Gründe umso mehr eine Verpflichtung, die Anhörung durchzuführen. Die Anhörung eines Kindes ist indes kein Selbstzweck; es gibt keinen Anspruch auf Anhörung um der Anhörung willen. Kommt das Gericht zum Schluss, dass eine Anhörung des Kindes bei der gegebenen Ausgangslage überhaupt keinen Erkenntniswert hätte, allfällige Ergebnisse aus der Kindesanhörung mit Blick auf die Feststellung der konkret rechtserheblichen Tatsachen also von vornherein objektiv untauglich bzw. irrelevant sind, kann es auf eine Anhörung verzichten (zum Ganzen: BGE 146 III 203 E. 3.3.2 mit Hinweisen).

2.2 In diesem Zusammenhang ruft der Beschwerdeführer Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 11 Abs. 2 BV, Art. 3 und Art. 8 KRK an. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass Art. 314a ZGB und Art. 298 Abs. 1 ZPO die Ansprüche aus Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 12 KRK konkretisieren. Insofern kommt den Rügen des Beschwerdeführers keine selbständige Bedeutung zu. Soweit er Art. 8 BV anruft, ist der Beschwerdeführer daran zu erinnern, dass sich das Gleichbehandlungsgebot an den Staat richtet und keine Drittwirkung auf Verhältnisse zwischen Privatpersonen hat (BGE 114 Ia 329 E. 2b; Urteil 5A_377/2021 vom 21. Februar 2022 E. 3.4). In einer Beschwerde gegen einen Entscheid über eine Streitigkeit, in der sich Privatpersonen gegenüber stehen, kann sich der Beschwerdeführer deshalb nicht auf das Gleichbehandlungsgebot im Sinn von Art. 8 BV berufen (BGE 147 III 49 E. 9.4; 143 I 217 E. 5.2). Dasselbe gilt mit Bezug auf die Rüge der Verletzung von Art. 8 KRK.

2.3 Die elterliche Sorge betrifft Kinderbelange, die ohne ein bestimmtes Urteilsvermögen nicht einzuschätzen sind. Dabei ist nicht die Urteilsfähigkeit nach Art. 16 ZGB angesprochen (Urteil 5A_354/2015 vom 3. August 2015 E. 3.1). In der Kinderpsychologie wird davon ausgegangen, dass Kinder erst ab einem Alter von etwa elf bis dreizehn Jahren formal-logische geistige Gedanken zu entwickeln in der Lage sind und dass sich die Fähigkeit zur Differenzierung und zur mündlichen Abstraktion erst ab diesem Alter mehr oder weniger entwickelt (Urteile 5A_119/2010 vom 12. März 2010 E. 2.3.1 und Verweise; 5A_43/2008 vom 15. Mai 2008 E. 4.1, in FamPra.ch 2008 S. 976). Vor diesem Hintergrund geht die Rechtsprechung davon aus, dass im Regelfall ein Kind mit Bezug auf die Frage nach der Zuteilung der elterlichen Sorge erst ab dem vollendeten 12. Altersjahr urteilsfähig ist (vgl. Urteil 5A_354/2015 vom 3. August 2015 E. 3.1; mit Hinweis auf Urteil 5C.293/2005 vom 6. April 2006 E. 4.2, in: FamPra.ch 2006 S. 760). Jüngere Kinder können und sollen daher nicht nach ihren konkreten Wünschen bezüglich der Zuteilung des elterlichen Sorgerechts befragt werden, da sie sich diesbezüglich nicht ohne Berücksichtigung unmittelbarer und äusserer Einflussfaktoren äussern können und nicht in der Lage sind, einen stabilen Willen zu formulieren (BGE 131 III 553 E. 1.2.2; 133 III 146 E. 2.6; Urteil 5A_119/2010 vom 12. März 2010 E. 2.3.1).

Die Kinder D._____ und C._____ waren im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids fünf- bzw. siebenjährig und hatten das Schwellenalter von 12 Jahren offensichtlich nicht erreicht. Der Beschwerdeführer macht zwar geltend, die Kinder seien bezüglich der elterlichen Sorge urteilsfähig. Weshalb dies im Gegensatz zu den soeben wiedergegebenen wissenschaftlichen Erkenntnissen für seine Kinder im konkreten Fall zutreffen sollte, erläutert er indes nicht. Damit vermag der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Erkenntnis, wonach die Frage nach der Zuteilung der elterlichen Sorge die Urteilsfähigkeit der Kinder übersteigt, nicht umzustossen. Es kann von den Kindern nicht erwartet werden, dass sie in Bezug auf die für sie höchst komplexe Frage der elterlichen Sorge einen eigenständigen Willen bilden können. Die Vorinstanz hat demnach kein Bundesrecht verletzt, indem sie aufgrund ihres jungen Alters die Kinder nicht zur Frage der Zuteilung der elterlichen Sorge angehört hat.

2.4 Auch mit Bezug auf die Ermittlung des entscheidewesentlichen Sachverhalts ist die Vorinstanz von einem fehlenden Erkenntniswert einer Kindesanhörung ausgegangen. Um mit seinem Einwand durchzudringen, müsste der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde

aufzeigen, welche rechtlich relevanten Tatsachen eine Anhörung zutage fördern könnte, zu welchen Tatsachen die Kinder überhaupt angehört werden müssten und inwiefern deren Aussagen einen Einfluss auf die Beantwortung der zu beurteilenden Rechtsfragen haben könnten. Dazu äussert sich der Beschwerdeführer mit keinem Wort. Er bestreitet weder den zwischen den Eltern bestehenden Dauerkonflikt, noch deren anhaltende Kommunikationsunfähigkeit in Kinderbelangen. Diese Umstände spielen sich auf der Stufe der Eltern ab; inwiefern die Kinder diesbezüglich etwas Zweckdienliches berichten könnten, bleibt unerfindlich. Ebenso wenig kritisiert er den Vorhalt der Vorinstanz, nicht behauptet zu haben, dass sich der Loyalitätskonflikt, in dem sich die Kinder befänden, nach dem Umzug aufgelöst hätte. Ob sich die Kinder in einem Loyalitätskonflikt befinden, ob sie darunter leiden und ob mit der Alleinzuteilung Aussicht auf eine Entlastung der Situation der Kinder bestehe, sind Fragen der Kinderpsychologie, die nur mit Fachwissen beantwortet werden können. Auch diesbezüglich ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die fünf- bzw. siebenjährigen Kinder mit Erkenntniswert äussern könnten.

2.5 Nach dem Ausgeführten liefe die Anhörung der Kinder auf einen Selbstzweck hinaus; eine Verletzung der Art. 314a Abs. 1 ZGB bzw. Art. 298 Abs. 1 ZPO liegt nicht vor.

3.

In der Hauptsache ist die Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts über C. _____ und D. _____ streitig.

3.1 Gemäss Art. 298d Abs. 1 ZGB regelt die Kindesschutzbehörde die Zuteilung der elterlichen Sorge auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder von Amtes wegen neu, wenn diese wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist.

3.1.1 Die Neuregelung des elterlichen Sorgerechts setzt zum einen neue Tatsachen voraus. Zum anderen kommt eine Änderung des Sorgerechts in Betracht, sofern die Beibehaltung der geltenden Regelung das Wohl des Kindes ernsthaft zu gefährden droht. Eine Neuregelung setzt in diesem Sinn voraus, dass die Veränderung der Verhältnisse eine solche gebietet, weil die aktuelle Regelung dem Kind mehr schadet als der mit der Änderung verbundene Verlust an Kontinuität in der Erziehung und den Lebensumständen (Urteile 5A_951/2020 vom 17. Februar 2021 E. 4; 5A_266/2017 vom 29. November 2017 E. 8.3; je mit Hinweisen).

3.1.2 Die gemeinsame elterliche Sorge bildet den Grundsatz. Von diesem Grundsatz soll nur dann abgewichen werden, wenn eine andere Lösung die Interessen des Kindes ausnahmsweise besser wahrt (BGE 143 III 361 E. 7.3.2 mit Hinweisen). Die Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil allein muss deshalb eine eng begrenzte Ausnahme bleiben, ohne dass für die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge aber gleich strenge Voraussetzungen gelten wie für den Entzug der elterlichen Sorge im Sinn einer Kindesschutzmassnahme gestützt auf Art. 311 ZGB (BGE 141 III 472 E. 4). Eine Ausnahme fällt in Betracht, wenn die Eltern in einem schwerwiegenden Dauerkonflikt stehen oder in Kinderbelangen anhaltend kommunikationsunfähig sind. Blosser Auseinandersetzungen oder Meinungsverschiedenheiten, wie sie in allen Familien vorkommen und insbesondere mit einer Trennung einhergehen können, dürfen nicht Anlass für eine Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts sein (BGE 142 III 197 E. 3, 56 E. 3, 1 E. 3.3; je mit Hinweisen). Vorausgesetzt ist weiter, dass sich die Probleme zwischen den Eltern auf die Kinderbelange als Ganzes beziehen und das Kindeswohl konkret beeinträchtigen. Erforderlich ist die konkrete Feststellung, in welcher Hinsicht das Kindeswohl beeinträchtigt ist (Urteil 5A_377/2021 vom 21. Februar 2022 E. 3.1 mit Hinweis). Schliesslich ist eine Abweichung vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge nur dort am Platz, wo Aussicht darauf besteht, mit der Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil allein eine Entlastung der Situation herbeizuführen (BGE 142 III 197 E. 3.7).

3.1.3 Die elterliche Sorge ist ein Pflichtrecht; sie hat das Recht und die Pflicht zum Gegenstand, über die wesentlichen Belange des Kindes zu entscheiden, insbesondere mit Bezug auf die Erziehung, die gesetzliche Vertretung und die Vermögensverwaltung (BGE 136 III 353 E. 3.1; Urteil 5A_377/2021 vom 21. Februar 2022 E. 3.1). Dies erfordert einen persönlichen Kontakt zum Kind; es ist nur schwer vorstellbar, dass ein sorgeberechtigter Elternteil pflichtgemäss Entscheidungen zum Wohl des Kindes treffen kann, wenn über lange Zeit kein irgendwie gearteter Austausch zwischen ihm und dem Kind stattfindet. Wo das Sorgerecht den Eltern gemeinsam zusteht oder zustehen soll, ist erforderlich, dass diese in Bezug auf die grundsätzlichen Kinderbelange ein Mindestmass an Übereinstimmung aufweisen und wenigstens im Ansatz einvernehmlich handeln können. Ist dies nicht der Fall, führt ein gemeinsames Sorgerecht fast zwangsläufig zu einer Belastung des Kindes, die anwächst, sobald dieses das fehlende Einvernehmen der Eltern selbst wahrnehmen kann. Im Übrigen drohen auch Gefahren wie die Verschleppung wichtiger Entscheidungen, beispiels-

weise im Zusammenhang mit einer notwendigen medizinischen Behandlung (BGE 142 III 197 E. 3.5).

3.1.4 Die Vorinstanz hat den Entscheid über die elterlichen Sorge unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen (Art. 4 ZGB; BGE 142 III 612 E. 4.5; Urteile 5A_377/2021 vom 21. Februar 2022 E. 2.2). Bei der Überprüfung solcher Ermessensentscheide schreitet das Bundesgericht nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Acht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Das Bundesgericht greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 142 III 612 E. 4.5; 142 III 336 E. 5.3.2; 138 III 650 E. 6.6; je mit Hinweisen).

3.2 Die Vorinstanz stellt zunächst fest, dass sich die Situation der Familie spätestens nach der Trennung der Parteien im Jahr 2017 verändert habe. Der Beschwerdeführer habe selbst ausgeführt, zwischen ihm und der Beschwerdegegnerin bestehe ein Dauerkonflikt und sie pflegten keinerlei Kommunikation zueinander. Dies decke sich mit dem Gutachten vom 9. April 2020, in dem eine massive und anhaltende Kommunikationsunfähigkeit zwischen den Parteien und ein schwerwiegender chronifizierter Dauerkonflikt festgestellt worden sei. Dieser Konflikt beschränke sich nicht auf einzelne Kinderbelange oder Bereiche, sondern sei umfassend. Dadurch sei das Wohl der Kinder, die sich in einem erheblichen Loyalitätskonflikt befänden, massiv beeinträchtigt, so dass bereits verschiedenste Kinderschutzmassnahmen haben getroffen werden müssen. Die Kinderschutzmassnahmen und der Umzug der Beschwerdegegnerin, der ihr vom Gutachter zwecks Schaffung einer räumlichen Distanz empfohlen worden sei, hätten zu einer gewissen Entlastung der Kinder im Hinblick auf ihren Loyalitätskonflikt geführt. Der chronifizierte Dauerkonflikt der Parteien sei dadurch jedoch nicht abgeklungen und es liege weiterhin eine absolute Kommunikationsunfähigkeit zwischen ihnen vor, was der Beschwerdeführer selbst bestätigt habe.

Die Frage, ob die elterliche Sorge der Beschwerdegegnerin alleine übertragen werden soll, sei vom Gutachter in seinem Ergänzungsgutachten vom 15. September 2020 sowie von der Beiständin und vom Kindesvertreter positiv beantwortet worden. Der Gutachter habe hierzu

ausgeführt, die Zuteilung der Alleinsorge an die Beschwerdegegnerin könne die Beeinträchtigung des Kindeswohls mittelgradig bis wesentlich lindern, da in bestimmten Situationen (z.B. dem Beschaffen von Ausweispapieren) Reibungspunkte verhindert werden könnten. Nach Ansicht des Gutachters wie auch der Beiständin sei es im Sinn des Kindeswohls, wenn die Beschwerdegegnerin weniger Energie für die Kommunikation mit dem Beschwerdeführer aufwenden müsse und dadurch das Konfliktpotential wie auch psychischen Stress reduzieren könne, was sich positiv auf das Kindeswohl auswirke. Ausserdem könne mit der Alleinsorge verhindert werden, dass bestimmte Entscheide blockiert würden.

Die Vorinstanz geht mit dieser Einschätzung einig und fügt dem hinzu, die Alleinsorge könne der Gefahr begegnen, dass die von den Parteien gemeinsam zu fällenden Entscheide auf Kosten der Kinder für Machtkämpfe missbraucht würden, dies mit Blick auf die Vorgeschichte der Parteien. Zudem verweist die Vorinstanz auf das Ergänzungsgutachten vom 15. September 2020, wonach der Beschwerdegegner nur noch bedingt und manchmal nicht mehr fähig sei, die Bedürfnisse der Kinder zu erkennen oder diese zu schützen, sobald der Konflikt in den Vordergrund trete. Zusammenfassend rechtfertigt sich gestützt auf den anhaltenden, umfassenden Konflikt der Parteien und deren chronischen Kommunikationsunfähigkeit die Abkehr von der gemeinsamen elterlichen Sorge zur Alleinsorge der Beschwerdegegnerin.

Zum Schluss ergänzt die Vorinstanz, es sei nicht ersichtlich, welche weiteren Abklärungen die KESB hinsichtlich des Befindens der Kinder nach deren Umzug habe vornehmen sollen, wie es der Beschwerdeführer gewünscht habe, zumal sich ein massiver und chronischer Elternkonflikt erfahrungsgemäss nicht innert weniger Monate und allein aufgrund eines Umzugs auflöse. Zudem habe der Beschwerdeführer selbst den bestehenden Dauerkonflikt bestätigt und er habe nicht behauptet, dass sich der Loyalitätskonflikt der Kinder durch den Wegzug entschärft habe.

3.3

3.3.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe nicht auf das Ergänzungsgutachten vom 16. September 2020 (recte 15. September 2020) abstellen dürfen, da der Gutachter zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens in Ungewissheit über den Umzug der Beschwerdegegnerin gewesen sei.

3.3.2 Die Vorinstanz erwog, dass sich ein massiver und chronischer Elternkonflikt erfahrungsgemäss nicht innert weniger Monate und aufgrund einer umzugsbedingten neu grösseren räumlichen Distanz auflöse. Der Beschwerdeführer habe den unter den Parteien anhaltenden Konflikt selbst bestätigt. Er habe auch nicht behauptet, der Loyalitätskonflikt der Kinder habe sich mit dem Wegzug der Beschwerdegegnerin komplett aufgelöst.

3.3.3 Der Beschwerdeführer setzt sich mit der Begründung der Vorinstanz nicht auseinander. Er legt auch nicht dar, inwiefern sie offensichtlich unrichtig wäre und führt schliesslich auch nicht aus, was die Berücksichtigung des Umzugs der Beschwerdegegnerin am Ergebnis des Gutachtens geändert hätte (vgl. vorne E. 1.6). Soweit die Rüge der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung den Umzug betrifft, genügt die Beschwerde den Begründungsanforderungen nicht. Insofern ist darauf nicht einzutreten.

3.4

3.4.1 Sodann wendet der Beschwerdeführer ein, das Gutachten vom 9. April 2020 und dasjenige vom 16. September 2020 (recte 15. September 2020) würden einander widersprechen. Im ersten Gutachten habe der Gutachter noch betont, es gäbe mittelfristig keine die elterliche Sorge tangierenden Fragen und habe daher keinen Anlass gesehen, sich zu der elterlichen Sorge zu äussern, sondern habe sich mit der Feststellung begnügt, die Zuteilung der elterlichen Sorge an die Beschwerdegegnerin würde sich nur in einem kleinen Bereich positiv auf das Kindeswohl auswirken.

3.4.2 Der Beschwerdeführer verkennt, dass die Gutachten zu unterschiedlichen Fragen ergangen sind und sich vielmehr ergänzen, als dass sie sich widersprechen würden. Das Fachgutachten vom 9. April 2020 wurde in Auftrag gegeben, um die Frage nach der alleinigen Obhut und das Besuchs- sowie Ferienrecht zu beantworten. Nicht Gegenstand dieses Gutachtens war die elterliche Sorge. Die KESB hatte dem Gutachter vielmehr den Auftrag erteilt, diesbezüglich weitere Abklärungen zu tätigen, woraufhin das Ergänzungsgutachten vom 15. September 2020 erstellt wurde, das einzig die Frage nach der Zuteilung der elterlichen Sorge an die Beschwerdegegnerin zum Gegenstand hatte. Ausserdem widerspricht sich der Gutachter keineswegs, wenn er im ersten Gutachten bereits erkennt, dass die Alleinsorge bei der Beschwerdegegnerin für das Kindeswohl positiv sein könnte und sich diese Einschätzung im Ergänzungsgutachten verstärkt. Dort führt der Gutachter aus, dass die aufgrund des Elternkonflikts bestehende

Beeinträchtigung des Kindeswohls durch die Alleinsorge mittelgradig bis wesentlich gemildert werden könnte. Es besteht somit kein Anlass, vom Ergänzungsgutachten vom 15. September 2020 abzuweichen.

3.5 Nach dem Gesagten durfte die Vorinstanz auf die Gutachten vom 9. April und vom 15. September 2020 abstellen und damit zum einen davon ausgehen, dass zwischen den Parteien ein schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt und anhaltende Kommunikationsunfähigkeit bestehen und zum anderen, dass diese Situation das Wohl der Kinder gefährdet. Willkür in der Würdigung der Gutachten als Beweismittel ist nicht ersichtlich.

3.6

3.6.1 Schliesslich wehrt sich der Beschwerdeführer gegen die Zuteilung der Alleinsorge an die Beschwerdegegnerin, indem er vorbringt, die Alleinsorge wirke sich sowohl für das Kindeswohl als auch für seine Stellung nachteilig aus. Als Lehrer und angehender schulischer Heilpädagoge könne er auf ausgewiesene Kompetenzen zurückgreifen, die etwa in nicht-dringlichen schulischen Entscheidungen und bei spezifischer Förderung den Kindern zugute kämen. Ausserdem ist er der Ansicht, dass die Zuteilung der Alleinsorge und das Kindeswohl "nicht zu koppeln" seien.

3.6.2 Damit befasst sich der Beschwerdeführer nicht mit den konkreten Gründen, aus denen die Vorinstanz die Zuteilung der elterlichen Sorge an die Beschwerdegegnerin gutgeheissen hat. Zudem verkennt er, dass bei Fragen in Kinderbelangen, namentlich bei der Zuteilung der elterlichen Sorge, das Kindeswohl zentral und entscheidend ist. Die Vorinstanz hat sich zu Recht am Kindeswohl orientiert und die in der Lehre und Rechtsprechung für die Neuzuteilung der elterlichen Sorge anerkannten Grundsätze (vgl. vorne E. 3.1) berücksichtigt (vgl. vorne E. 3.2). Der angefochtene Entscheid ist in rechtlicher Hinsicht und im Lichte der geschilderten Grundsätze nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist insoweit abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

4.

Ausserdem verlangt der Beschwerdeführer die Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Verfahren vor der Vorinstanz (Rechtsbegehren 4). Zur Begründung verweist er auf einen Entscheid des Regionalgerichts Biel vom 27. Januar 2022, in dem ihm die unentgeltliche Rechtspflege erteilt worden sei. Allerdings zeigt der Beschwerdeführer nicht auf, inwiefern der angefochtene Entscheid in diesem Punkt rechtsfehlerhaft wäre. Er müsste aufzeigen, weshalb die Vorinstanz gestützt auf die sich

aus den Akten ergebenden Tatsachen auf seine Bedürftigkeit hätte schliessen müssen. Der Hinweis auf die Gutheissung eines analogen Gesuchs in einem anderen Verfahren genügt nicht. Der Beschwerdeführer wird somit den Begründungsanforderungen nicht gerecht. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

5.

5.1 Zusammenfassend ist auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten und die Beschwerde in Zivilsachen ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kosten- (Art. 66 Abs. 1 BGG) und entschädigungspflichtig (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

5.2 Beide Parteien ersuchen das Bundesgericht um unentgeltliche Rechtspflege, die Beschwerdegegnerin ausserdem um Beiordnung ihres Anwalts als unentgeltlichen Rechtsvertreter. Die Voraussetzungen gemäss Art. 64 Abs. 1 BGG sind mit Bezug auf den Beschwerdeführer erfüllt und dem Gesuch ist stattzugeben. Damit wird das Gesuch der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Gerichtskosten gegenstandslos. Da die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege die unterliegende Partei nicht von der Pflicht zur Leistung einer Parteientschädigung an die obsiegende Partei befreit, ist das Gesuch grundsätzlich auch unter dem Gesichtspunkt der Parteientschädigung gegenstandslos. Praxisgemäss ist ein Gesuch der obsiegenden Partei bei gegebenen Voraussetzungen dennoch gutzuheissen, wenn nicht zu erwarten ist, dass sie die ihr zustehende Entschädigung wird erhältlich machen können (BGE 122 I 322 E. 3d). Davon wird in der Regel ausgegangen, wenn der Anspruch der entschädigungspflichtigen Partei auf unentgeltliche Rechtspflege begründet ist. Deshalb ist der Anwalt der Beschwerdegegnerin aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen (Art. 65 Abs. 2 BGG). Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass sie der Bundesgerichtskasse Ersatz zu leisten haben, wenn sie dazu später in der Lage sind (Art. 64 Abs. 4 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

3.

Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.

4.

Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständigung für das bundesgerichtliche Verfahren wird gutgeheissen und ihr Rechtsanwalt Urs Lanz als unentgeltlicher Rechtsbeistand beigeordnet.

5.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt, indes vorläufig auf die Bundesgerichtskasse genommen.

6.

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'500.-- zu entschädigen. Die Entschädigung wird indes vorläufig auf die Bundesgerichtskasse genommen und Rechtsanwalt Urs Lanz wird aus dieser mit insgesamt Fr. 3'000.-- entschädigt.

7.

Dieses Urteil wird den Parteien, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Biel/Bienne und dem Obergericht des Kantons Bern, Kindes- und Erwachsenenschutzgericht, mitgeteilt.

Lausanne, 15. Dezember 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Herrmann

Conrad