

# **BE\_ZIVILSTRAF KES 2020 780 vom 26. November 2020**

BE Obergericht, 2020-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_KES 2020 780](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_KES_2020_780)

FR: BE\_ZIVILSTRAF KES 2020 780 du 26 novembre 2020

IT: BE\_ZIVILSTRAF KES 2020 780 del 26 novembre 2020

## **Regeste**

Mündliche Verhandlung vor dem Kindes- und Erwachsenenschutzgericht, Anspruch auf rechtliches Gehör, Beweiserhebung im Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen, Anhörung des Kindes durch die KESB | Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts

## **Erwägungen**

### **E. 1**

A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Kindsvater oder Beschwerdeführer) und B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Adoptivmutter oder Mitbeteiligte) sind die voneinander geschiedenen Eltern von C.\_\_\_\_\_, geb. 2008, und D.\_\_\_\_\_, geb. 2006. Die beiden Kinder stammen aus einer während der Ehe in G.\_\_\_\_\_ gelebten Drittbeziehung des Kindsvaters. C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ wurden vom Kindsvater in die Schweiz gebracht und von seiner damaligen Ehefrau – der Adoptivmutter – adoptiert. Die Kindseltern haben ausserdem zwei ältere gemeinsame Kinder, die bei der Adoptivmutter leben, der Kindsvater darüber hinaus einen volljährigen Sohn (H.\_\_\_\_\_), der als Profifussballer bei I.\_\_\_\_\_ tätig ist. Nach der Trennung der Kindseltern im Jahr 2018 hat vorerst nur C.\_\_\_\_\_, später auch D.\_\_\_\_\_ beim Kindsvater gelebt. Die Kindseltern sind gemeinsam sorgeberechtigt.

### **E. 2**

Im Rahmen der Scheidung der Kindseltern (2019) ist für D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) errichtet worden zur Koordination und

### **E. 4**

Im Auftrag der Vorinstanz klärte die Beiständin die Situation ab. Mit Bericht vom 19. August 2020 beantragte sie die Abschreibung des Verfahrens ohne weitere Massnahmen. Der Kindsvater und C.\_\_\_\_\_ hätten sämtliche Besorgnisse der Schule abgestritten, wobei jene in Richtung einer möglichen Vernachlässigung jedoch nicht ganz hätten aufgelöst werden können. Die Schulsozialarbeiterin an der neuen Schule von C.\_\_\_\_\_ in L.\_\_\_\_\_, wohin der Kindsvater in der Zwischenzeit mit C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ sowie seiner neuen Partnerin gezogen war, erachte Weisungen als kontraproduktiv. Dieser Einschätzung schloss sich die Beiständin an.

### **E. 5**

Kurz darauf meldete sich M.\_\_\_\_\_, die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers seit einem  $\frac{3}{4}$  Jahr, bei der Beiständin und berichtete von Aussagen der Kinder, wonach der Kindsvater diese regelmässig schlage. Nach einem Gespräch mit D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ in Anwesenheit der Schulsozialarbeiterin, bei dem die Kinder die Angaben von

M. \_\_\_\_\_ bestätigten und von weiteren Gewalter-lebnissen sowie psychischer Herabwertung berichteten, wandte sich die Beiständin am 27. August 2020 mit einem Antrag auf Fremdplatzierung der Kinder sowie auf Erlass verschiedener Begleitmassnahmen an die Vorinstanz. Die Kinder seien vom Kindsvater stark unter Druck gesetzt worden und hätten sich lange Zeit nicht offen über ihre Situation äussern können.

## **E. 6**

Nach persönlicher Anhörung des Beschwerdeführers und telefonischer Anhörung der Adoptivmutter entzog die Vorinstanz den Kindseltern mit Entscheid vom 1. September 2020 vorsorglich das Aufenthaltsbestimmungsrecht über C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ und brachte die beiden Kinder gleichentags in an einem verdeckten Ort unter (Ziff. 1 und 2). Die Beiständin wurde mit der umfassenden Abklärung und Empfehlung von Kindesschutzmassnahmen sowie der Organisation einer Anschlusslösung mit Unterstützung der Institution beauftragt (Ziff. 3). Ihre Aufgaben wurden entsprechend erweitert (Ziff. 5). Der persönliche Verkehr zwischen den Kindern und dem Kindsvater wurde in Form von begleiteten Besuchen eingeschränkt (Ziff. 4). Dem Kindsvater wurde unter Strafandrohung vorsorglich verboten, die Schule oder die Umgebung der Freizeitaktivitäten von C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ sowie C. \_\_\_\_\_ beim Fussballtraining aufzusuchen oder die Kinder zu kontaktieren und unter Druck zu setzen (Ziff. 6). Einer allfälligen Beschwerde entzog die Vorinstanz die aufschiebende Wirkung (Ziff. 9).

## **E. 7**

5

### **E. 7.1**

Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwältin E. \_\_\_\_\_, Beschwerde beim Kindes- und Erwachsenenschutzgericht des Obergerichts des Kantons Bern (nachfolgend KESGer). Er beantragt die vollumfängliche Aufhebung des angefochtenen Entscheids (Rechtsbegehren 1), die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Rechtsbegehren 2), die Vorladung zu einer mündlichen Parteiverhandlung (Rechtsbegehren 3) und die persönliche Anhörung von C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ sowie von H. \_\_\_\_\_, dem ältesten Sohn des Beschwerdeführers, und von N. \_\_\_\_\_, einer gemeinsamen Bekannten von ihm und seiner Ex-Partnerin (Rechtsbegehren 4). Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Rechtsbegehren 5; pag. 1 ff.).

### **E. 7.2**

Mit separater Eingabe vom 14. September 2020 ersuchte der Beschwerdeführer um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege (uR) für das Beschwerdeverfahren sowie für das uR-Verfahren unter Beiordnung von Rechtsanwältin E. \_\_\_\_\_ als amtliche Anwältin (pag. 27 ff.).

### **E. 7.3**

Der Instruktionsrichter wies den Antrag um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 16. September 2020 ab (pag. 57 ff.).

### **E. 7.4**

Die Vorinstanz schloss in ihrer Vernehmlassung vom 1. Oktober 2020 auf kosten- fällige Abweisung der Beschwerde (pag. 67 ff.).

#### **E. 8.1**

Am 14. September 2020 setzte die Vorinstanz Rechtsanwalt F.\_\_\_\_\_ als Kindesvertreter gemäss Art. 314abis ZGB für D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ ein zur Wahrung der Interessen der Kinder im hängigen Kindesschutzverfahren sowie zur Ermittlung und Darlegung des Willens der Kinder.

#### **E. 8.2**

Am 13. Oktober 2020 teilte Rechtsanwalt F.\_\_\_\_\_ dem KESGer seine Einset- zung als Kindesvertreter durch die Vorinstanz mit (pag. 77 ff.).

#### **E. 8.3**

Auf entsprechende Einladung des Instruktionsrichters vom 14. Oktober 2020 hin (pag. 117) reichte der Kindsvertreter am 26. Oktober 2020 im Beschwerdeverfah- ren eine Stellungnahme ein. Er spricht sich für eine Beibehaltung der angefochte- nen Massnahme und damit für eine Abweisung der Beschwerde aus (pag. 119 ff.).

#### **E. 9**

Der Beschwerdeführer reichte am 13. Oktober 2020, am 27. Oktober 2020 und am 3. November 2020 weitere Bemerkungen ein (pag. 87 ff; 127 ff; pag. 159 ff.). Aus- serdem gab Rechtsanwältin E.\_\_\_\_\_ ihre Kostennote zu den Akten und aktua- lisierte diese zweimal (pag. 91 ff.; pag. 131 ff.; pag. 187 ff.).

#### **E. 10**

Die Vorinstanz verzichtete auf eine weitere Stellungnahme (pag. 175).

#### **E. 11**

Die Mitbeteiligte liess sich nicht vernehmen. II.

#### **E. 12**

Für die Beschwerde gegen den Entscheid der Vorinstanz ist das Kindes- und Er- wachsenenschutzgericht zuständig (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450 Abs. 1 und 6 Art. 445 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 65, Art. 66 Bst. a des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz [KESG; BSG 213.316] und Art. 28 Abs. 4 des Organisati- onsglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]).

#### **E. 13**

Das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz richtet sich nach den Be- stimmungen gemäss Art. 450 ff. ZGB. Subsidiär gelangt kantonales Verfahrens- recht, namentlich Art. 65 ff. KESG, zur Anwendung (Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. d KESG). Dieses verweist seinerseits in Art. 72 KESG auf die Bestim- mungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

#### **E. 13.00**

200.00 CHF 2'600.00 CHF 41.30 Mehrwertsteuer 7.7% auf CHF 2'641.30 CHF 203.40  
Total, vom Kanton Bern auszurichten CHF 2'844.70 volles Honorar CHF 3'250.00 CHF  
41.30 Mehrwertsteuer 7.7% auf CHF 3'291.30 CHF 253.45 Total CHF 3'544.75  
nachforderbarer Betrag CHF 700.05 Auslagen MWSt-pflichtig Auslagen MWST-pflichtig

#### **E. 14**

Weil sich kaum fachspezifische Fragen des Kindesschutzes, sondern im Wesentlichen prozessuale Fragen stellen, erfolgt die Beurteilung durch drei hauptamtliche Richterinnen und Richter (Art. 45 Abs. 3 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

#### **E. 15**

Der Beschwerdeführer ist als am vorinstanzlichen Verfahren beteiligte und in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffene Person zur Beschwerde legitimiert (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB).

#### **E. 16**

Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht (Art. 450 Abs. 3 und Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 3 ZGB).

#### **E. 17**

Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

#### **E. 18**

Der Beschwerdeführer beantragt die Durchführung einer «mündlichen Parteiverhandlung» und beruft sich dabei auf Art. 6 Ziffer 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101). Diese Bestimmung findet jedoch keine Anwendung auf vorsorgliche Massnahmen, die nicht einem Endentscheid in der Sache gleichkommen (BIGLER, in: Bigler/Gonin [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Convention européenne des droits de l'homme [CEDH], 2018, N. 44 zu Art. 6 EMRK [volet civil]). Zudem bezieht sich der Anspruch spezifisch auf die Durchführung einer publikumsöffentlichen Verhandlung, was vom Beschwerdeführer nicht beantragt wird (BGE 142 I 188 E. 3.2, Urteil des BGer 5A\_361/2020 vom 2. September 2020, E. 4). Eine Pflicht, die Partei persönlich und/oder mündlich anzuhören, besteht nur, wenn es unter den gegebenen Umständen entscheidend ist, dass das Gericht einen persönlichen Eindruck über die Partei gewinnen kann (BGE 142 I 188 E. 3.3). Eine Anhörung des Beschwerdeführers würde indes am Ergebnis der Beweiswürdigung nichts ändern, zumal es nicht wie von ihm in diesem Zusammenhang vorgebracht um einen Konflikt zwischen der Ex-Partnerin und ihm geht, sondern um das Wohl der Kinder, welche die Ex-Partnerin ins Vertrauen gezogen haben (vgl. hierzu Ziff. 25.8 unten). Der Antrag auf Durchführung einer Verhandlung wird daher abgewiesen und es wird im schriftlichen Verfahren entschieden.

#### **E. 19**

Der Beschwerdeführer stellt ausserdem verschiedene Beweisanträge (persönliche Anhörung der betroffenen Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ sowie von 7 H.\_\_\_\_\_ und von N.\_\_\_\_\_). Auf diese Anträge wird nachfolgend gemeinsam mit den Vorbringen zur Sache eingegangen (Ziff. 25.11 unten). III.

#### **E. 20**

Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ seien von der Situation zu Hause, unter anderem durch die Handgreiflichkeiten und Beleidigungen vonseiten des Kindsvaters, stark belastet. Aufgrund der für C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_

unerträglichen Verhältnisse bestehe die Gefahr einer Eskalation. Die Kinder hätten deutliche Ängste geäußert, dass sie mehr Gewalt erfahren könnten. Eine mögliche Kindeswohlgefährdung könne daher nicht ausgeschlossen werden. Die Situation müsse näher abgeklärt werden, was im ambulanten Setting nicht möglich sei. Erforderlich sei eine Abklärung im Rahmen einer verteilten Platzierung. Die Unterbringung solle den Kindern ausserdem einen Schutzraum bieten, um die Gewaltvorfälle sowie die nötigen Schutzmassnahmen vertieft abklären zu können. Da die Kindsmutter teilweise ein ambivalentes Verhalten gezeigt habe, bedürfe auch die Beziehung der Kinder zur Kindsmutter genauer Abklärungen. Bis zum Abschluss der Abklärungen und zum Erlass eines neuen Entscheids sei den Kindseltern daher vorsorglich das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen und die Kinder seien an einem geheimen Ort unterzubringen. Die Gefährdung könne nicht mit mildereren Massnahmen abgewendet werden.

## **E. 21**

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz verschiedene Rechtsverletzungen vor.

### **E. 21.1**

Die Vorinstanz habe lediglich vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 445 Abs. 1 ZGB angeordnet und verkannt, dass kein superprovisorischer Entscheid ergangen sei, welcher gemäss Art. 445 Abs. 2 ZGB ohne vorgängige Anhörung der am Verfahren beteiligten Personen getroffen werden könne. Diesbezüglich liege eine Verletzung von Art. 314a ZGB vor, da C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ nicht durch die Kinderschutzbehörde oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört worden seien. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung habe festgehalten, dass nach einer superprovisorischen Anordnung der vorsorglichen Massnahme zwingend – nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten – der Entscheid über die vorsorgliche Massnahme zu erfolgen habe (BGE 140 III 529 E. 2.2.2). Vorliegend sei allerdings weder ein superprovisorischer Entscheid i.S.v. Art. 445 Abs. 2 ZGB noch eine Anhörung aller Verfahrensbeteiligten erfolgt, sondern direkt der Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen. Die Vorinstanz habe mit der Nichtdurchführung einer Anhörung der Kinder die durch Art. 314a Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 1 ZGB explizit festgehaltenen elementaren verfahrensrechtlichen Grundregeln verletzt. Zudem habe die Vorinstanz auch die Adoptivmutter der Kinder nicht angehört, obwohl dies Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 447 Abs. 1 ZGB verlangen würde. Insofern lägen mehrfache Verletzungen der im ZGB aufgestellten Verfahrensvorschriften sowie eine Verletzung der Official- und Untersuchungsmaxime vor.

### **E. 21.2**

Der Beschwerdeführer fährt fort, die Beiständin stütze ihre Anträge lediglich auf pauschale Behauptungen, die an keiner Stelle mit Beweismitteln untermauert oder

8 zumindest glaubhaft konkretisiert würden. Die Vorinstanz habe die Aussagen der Beiständin ohne kritische Würdigung und ungefiltert übernommen. Die Argumentation im Schreiben der Beiständin vom 27. August 2020 stamme hauptsächlich von der Ex-Partnerin des Beschwerdeführers. Zwischen ihr und dem Beschwerdeführer schwele ein Beziehungskonflikt und sie versuche mutmasslich, ihn zu schädigen. Ein Gesprächsprotokoll zu den Aussagen der Kinder sei in den amtlichen Akten nicht vorhanden. Angesichts der im Schreiben der Beiständin vom 19. August 2020 festgehaltenen konträren Aussagen sowie der getroffenen einschneidenden Massnahmen

wäre eine persönliche Anhörung der Kinder durch die KESB nach Ansicht des Beschwerdeführers unumgänglich gewesen.

### **E. 21.3**

Indem die Beiständin den Antrag hauptsächlich auf den Unterstellungen der Ex- Partnerin aufgebaut habe, ohne sie zu hinterfragen und näher zu untersuchen, habe sie verhindert, selbst ein nur halbwegs objektives Bild über die tatsächliche und gegenwärtige Situation wiederzugeben. Insbesondere gelte es bei solchen Anschuldigungen zu beachten, dass nicht notwendig ein Obhutsentzug, sondern v.a. eine sorgfältige Untersuchung zu erfolgen habe. Die Vorinstanz habe in Missachtung des Prinzips der Subsidiarität und ohne Abwägung der Verhältnismässigkeit nach Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB intakte Strukturen ohne sachgemässe Abwägung beeinträchtigt. Die Vorinstanz hätte der angeblichen Kindeswohlgefährdung mit einer weniger einschneidenden Massnahme nach Art. 307 ZGB begegnen können resp. müssen, konkret mit einer Beratung oder Weisung.

### **E. 21.4**

Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt, indem sie seiner Rechtsvertreterin nicht die vollständigen Akten zugestellt habe. Nebst Unterlagen vom Juni 2020 sei ihr auch das Gesprächsprotokoll vom 24. August 2020 von der Schulsozialarbeiterin (im Schreiben der Beiständin vom 27. August 2020 erwähnt) nicht zugestellt worden. Sollten sich die erwähnten Dokumente trotzdem in den amtlichen Akten befinden, liege eine Verletzung des Gehörsanspruchs vor. Dies habe ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels die Gutheissung der Beschwerde und die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zur Folge.

### **E. 21.5**

Weil die Vorinstanz durch Unterlassen der Anhörung der beiden Kinder elementare verfahrensrechtliche Grundregeln verletzt habe, sei es unausweichlich, dass die Kinder vom KESG professionell befragt würden. H. \_\_\_\_\_ könnte ebenfalls wichtige Informationen bezüglich der Erziehung durch den Beschwerdeführer liefern.

### **E. 21.6**

In seiner Eingabe vom 13. Oktober 2020 machte der Beschwerdeführer erneut eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs geltend, weil ihm Dokumente der Vorinstanz erst am 16. September 2020 und damit nach Ablauf der Beschwerdefrist zugestellt worden seien.

### **E. 21.7**

Nachdem dem Beschwerdeführer am 14. Oktober 2020 Gelegenheit geboten worden war, zu den ihm erst nach Ablauf der Beschwerdefrist zugestellten Dokumenten Stellung zu nehmen, führte er am 27. Oktober 2020 aus, das Protokoll vom

### **E. 21.8**

In seiner Stellungnahme vom 3. November 2020 zur Eingabe des Kindsvertreters verwies der Beschwerdeführer erneut darauf, dass die Vorinstanz durch die Nichtdurchführung einer Anhörung der Kinder und der Adoptivmutter elementare verfahrensrechtliche Grundregeln verletzt habe. Dazu habe sich der Kindsvertreter nicht geäussert. Im Übrigen dürfe das Prinzip der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit keinesfalls ausser Betracht gelassen werden. Die gegen ihn erhobenen Vorwürfe bestreite er weiterhin. 22. Die Vorinstanz nimmt in ihrer Vernehmlassung Stellung zur Beschwerde. 22.1 Zum

Vorwurf der unterlassenen Kindesanhörung verweist die Vorinstanz auf die Möglichkeit, Anhörungen zu delegieren. Vorliegend seien die Kinder von der Beiständin, zu welcher sie bereits eine Beziehung hätten und an welche damit angeknüpft werden könne, befragt worden, ob sie sich eine Platzierung vorstellen könnten und auch wünschten. Dies hätten die Kinder gegenüber der Beiständin bejaht und im Gespräch mit der Schulsozialarbeiterin vom 24. August 2020 erneut bestätigt. Auch die im Raum stehenden Gewaltvorwürfe hätten sie anlässlich dieses Gesprächs bestätigt. Die Platzierung sei gerade auch aus dem konkreten Wunsch der (urteilsfähigen) Kinder erfolgt. Der Mehrwert einer persönlichen Kindesanhörung im Rahmen der vorsorglichen Anordnung sei nicht zu sehen. Die Kinder würden im Rahmen der Abklärung intensiv einbezogen sowie angehört. Im Übrigen sei eine Kindsvertretung angeordnet worden, und die Eltern von C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ seien als weitere Verfahrensbeteiligte angehört worden.

22.2 Gegenstand des Abklärungsverfahrens betreffend die Gefährdungsmeldung vom 17. Juni 2020 sei primär die schulische Situation von C. \_\_\_\_\_ gewesen, und es seien keine weiteren Abklärungen darüber hinaus getätigt worden.

22.3 Die Vorinstanz fährt fort, die von der Ex-Partnerin geschilderten Vorkommnisse seien von den Kindern selbst bestätigt worden. Zudem weist sie auf die grundsätzliche Schwierigkeit der Beweisbarkeit eines solchen Verdachts hin. Für den vorliegenden vorsorglichen Entscheid sei die Sachlage ausreichend und damit seien die getroffenen Anordnungen verhältnismässig. Eine tiefere Abklärung erfolge nun gerade im weiteren Verfahren, wobei vor allem ein Schutzraum der Kinder im Rahmen eines stationären Aufenthalts für eine konkrete und zielführende Abklärung mit dem zugrunde liegenden Verdacht von Gewaltvorfällen notwendig sei.

22.4 Im Hinblick auf den Platzierungsort sei vor allem auch darauf geachtet worden, dass die Kinder den ihnen wichtigen Freizeitbeschäftigungen weiter nachgehen könnten.

22.5 Schliesslich ist die Vorinstanz der Ansicht, der Beschwerdeführer verkenne bei seinen wiederholten Vorwürfen, dass die Vorinstanz keine sorgfältige Untersu-

10 chung und Abklärung der Umstände durchgeführt habe, dass es sich bei dem angefochtenen Entscheid gerade deshalb um eine vorsorgliche Anordnung von Massnahmen handle, weil es weitergehender Abklärungen bedürfe.

23. Der Stellungnahme des Kindsvertreters Rechtsanwalt F. \_\_\_\_\_ vom 26. Oktober 2020 lässt sich entnehmen, dass er C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ zweimal am Platzierungsort besucht und einen Bericht bei der Beiständin eingeholt hat.

23.1 Der Bericht der Beiständin vom 21. Oktober 2020 liegt der Stellungnahme des Kindsvertreters bei. Die Beiständin schildert, C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ hätten seit der Platzierung signalisiert, dass der Entscheid der Vorinstanz korrekt gewesen sei. Sie hätten sich auch nie von ihren gemachten Äusserungen betreffend die physische und psychische Gewalt und die Vernachlässigungen seitens ihres Vaters ihnen gegenüber distanziert, sondern diese bestätigt. Den Kindsvater hätten sie vorerst nicht sehen wollen. C. \_\_\_\_\_ habe auch keine Video-Telefongespräche führen wollen, während D. \_\_\_\_\_ dies in Anwesenheit einer Mitarbeiterin der Institution zwei Mal getan habe. Am 15. Oktober 2020 habe der erste begleitete Besuch des Kindsvaters in der Institution stattgefunden. Dieser sei mit D. \_\_\_\_\_ geplant gewesen, C. \_\_\_\_\_ habe sich aber spontan dazu entschlossen, während einer begrenzten Zeitdauer auch dabei zu sein. Die Nachbesprechung mit den Kindern habe ergeben, dass sie diese Form des Kontakts gut gefunden hätten und sie sich diese wieder vorstellen könnten. Eine konstruktive Zusammenarbeit zwischen der Beiständin und dem Beschwerdeführer mit gemeinsamen Lösungsperspektiven sei jedoch praktisch unmöglich, weil dieser sein Problemverhalten nicht anerkenne und auch nicht bereit sei, an diesem zu arbeiten. Die

Beiständin führt weiter aus, dass D. \_\_\_\_\_ sich für die Herbstferien gerne einen Wochen- platz organisiert hätte mit Hilfe der P. \_\_\_\_\_ (Arbeitsvermittlung). Der Beschwerdeführer sei jedoch nicht bereit gewesen, die dafür nötige Unterschrift zu er- teilen, mit der Begründung, D. \_\_\_\_\_ werde sowieso wieder zu ihm nach L. \_\_\_\_\_ kommen und daher mache eine Anmeldung in O. \_\_\_\_\_ keinen Sinn. Eine Rückmeldung der Institution zum ersten Telefongespräch des Kindsva- ters mit D. \_\_\_\_\_ habe den grossen Leistungsdruck gezeigt, den der Beschwer- deführer in sportlicher Hinsicht auf seine Kinder ausübe. Die Kinder hätten in den Gesprächen jeweils klar geäussert, dass sie sich eine Rückkehr zum Kindsvater nur vorstellen könnten, wenn er seine Haltung und sein Verhalten ihnen gegenüber ändern würde. Seitens des Kindsvaters habe es jedoch keine Anzeichen gegeben, die darauf hindeuten würden. Deshalb werde nun umfassend nach Anschlusslö- sungen gesucht. 23.2 Der Kindsvertreter verweist in seiner Stellungnahme zunächst auf seine Eingabe an die Vorinstanz vom 22. September 2020. Dieser lässt sich entnehmen, dass D. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ dem Kindsvertreter anlässlich seines ersten Besuchs in der Institution erzählt hätten, es gehe ihnen gut und sie fühlten sich in der Institu- tion wohl. Sie seien froh, dass sie nicht mehr zu Hause leben müssten. D. \_\_\_\_\_ habe ihm gesagt, dass sie den Wochenjob gerne hätte und es nicht richtig finde, dass ihr Vater dies verhindern könne. Beide Kinder hätten überein- stimmend erzählt, dass sie von zu Hause wegen ihrem Vater weggegangen seien, da sie es nicht mehr ausgehalten hätten. Derzeit wollten sie auf keinen Fall nach

11 Hause gehen, sondern in der Institution bleiben. Sie könnten sich auch vorstellen, einige Jahre in einer Pflegefamilie zu wohnen. 23.3 Der Kindsvertreter fährt fort, die Kinder hätten in einem weiteren Gespräch bestätigt, dass es ihnen jetzt gut gehe und sie sich in der Institution wohl fühlten. Sie seien froh, dass sie nicht mehr zu Hause (beim Kindsvater) leben müssten, und sie wollten zum jetzigen Zeitpunkt auf keinen Fall zurück zum Vater gehen. Insbe- sondere bei C. \_\_\_\_\_ sei die Angst davor deutlich spürbar und die beiden Ju- gendlichen fühlten sich durch den Kindsvater und teilweise auch ihren älteren Bru- der H. \_\_\_\_\_ unter Druck gesetzt. 23.4 Der Kindsvertreter resümiert, damit lägen eindeutige Willenshaltungen der beiden Jugendlichen vor. Aufgrund ihres Alters und ihrer Reife sei von ihrer Urteilsfähigkeit auszugehen. Basiere der geäusserte Wunsch auf einer eindeutigen Willenshaltung und sei dieser durch nachvollziehbare Beweggründe bestimmt wie etwa selbst er- lebte unangemessene Verhaltensweisen – in casu Erleben und Miterleben von psychischer und/oder physischer Gewalt gegen das Kind selbst – gelte es seitens der Behörde bzw. des Gerichts, dem Kindeswillen ganz besondere Nachachtung zu verschaffen. Dies müsse vorliegend umso mehr gelten, da der Beschwerdefüh- rer seinerseits die Aussagen seiner Kinder konsequent abstreite, obwohl auch von weiteren involvierten Personen die Aussagen der beiden Jugendlichen als glaub- haft wahrgenommen und bestätigt worden seien. Der Kindsvertreter zitiert die Bei- ständin mit der Aussage, dass das Kindeswohl und die weitere Entwicklung durch die physische und insbesondere durch die psychische Gewalt des Beschwerdefüh- rers gefährdet gewesen seien, eine Rückplatzierung fatal wäre und der Beschwer- deführer dadurch das Signal erhalten würde, dass er seine Kinder weiterhin so be- handeln dürfe. 23.5 Das Kindeswohl gelte als oberste Maxime des Kindsrechts und habe Verfassungs- rang. Die Maxime des Kindeswohls richte sich sowohl an Private (z.B. Eltern) als auch an Verwaltungs- und Gerichtsbehörden. Alle, die mit dem minderjährigen Kind zu tun hätten, seien gehalten, seine physische und psychische Integrität zu wahren und in der jeweiligen Situation das zu tun, was die gedeihliche Entwicklung des Kindes am ehesten zu fördern verspricht. Ein besonders dringliches

Anliegen der Verfassung sei wo nötig der staatliche Schutz des Kindes vor seinen Eltern. Aufgrund der besonderen Vulnerabilität während der kindlichen Entwicklungsphase bestehe ein Grundrecht auf gewaltfreie Erziehung. Die KESB sei aufgrund ihres Wächteramtes verpflichtet, zum Schutz des Kindes das Erforderliche anzuordnen und das Kindeswohl gegenüber gegenläufigen Grundrechtsansprüchen (z.B. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) wirksam in Stellung zu bringen. Vorliegend diene der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts dem Schutz der Persönlichkeit von D. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ und ihrem Kindeswohl. Bei einer entsprechenden Willensäußerung sei der zum Ausdruck kommende Wille des (urteilsfähigen) Kindes schewergewichtig zu berücksichtigen. Die Voraussetzungen seien typischerweise namentlich dann erfüllt, wenn – wie vorliegend – häusliche Gewalt vorgekommen sei. Eine erzwungene Rückkehr in die Hausgemeinschaft mit ihrem Vater sei für die beiden Jugendlichen schlicht unzumutbar und würde ihre gedeihliche Entwicklung ernsthaft gefährden.

12 IV.

## **E. 24**

Ad Rechtliches Gehör

### **E. 24.1**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Gehörsanspruchs. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur und seine Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids, es sei denn, die Verletzung könne vor oberer Instanz geheilt werden. Die entsprechende Rüge ist daher vorab zu behandeln (vgl. Urteil des BGer 5A\_914/2018 vom 18. Dezember 2019, E. 3.2 m.w.H; BGE 138 I 232 E. 5.1).

### **E. 24.2**

Der Beschwerdeführer zog nach Erhalt des angefochtenen Entscheids vom 1. September 2020 Rechtsanwältin E. \_\_\_\_\_ bei (Anwaltsvollmacht vom 2. September 2020). Diese verlangte bei der Vorinstanz Akteneinsicht, welche ihr auch gewährt wurde. Aus nicht bekannten Gründen fehlten bei den ihr zur Verfügung gestellten Akten einige Dokumente, namentlich die Notiz über das Gespräch, das am 24. August 2020 zwischen der Beiständin, der Schulsozialarbeiterin und den Kindern stattgefunden hat. Diese Dokumente wurden der Anwältin am 16. September 2020, d.h. nach Ablauf der Beschwerdefrist, zugestellt. Der Beschwerdeführer leitet aus diesem Sachverhalt ab, dass der Entscheid der Vorinstanz wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben sei.

### **E. 24.3**

Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör beinhaltet insbesondere das Recht der Parteien, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, Einsicht in die Akten zu nehmen, an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1 S. 370 f. m.H.). Das Akteneinsichtsrecht als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör umfasst den Anspruch der Beteiligten, Einsicht in sämtliche beweiserheblichen Akten zu erhalten, sofern im Entscheid darauf abgestellt wird. Es gehört nämlich zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs, dass der Adressat vor Erlass eines für ihn

nachteiligen Entscheids zum Beweisergebnis Stellung nehmen kann (vgl. BGE 132 V 387 E. 3.1 S. 388).

#### **E. 24.4**

Der Beschwerdeführer macht zu Recht nicht geltend, es sei ihm das rechtliche Gehör vor Erlass des angefochtenen Entscheids verweigert worden. Soweit sich aus dem beschriebenen Sachverhalt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ergibt, geschah diese erst nach der Ausfällung des Entscheids und kann nicht Anlass dafür sein, den unter Wahrung des rechtlichen Gehörs zustande gekommenen Entscheid wegen (späterer) Verletzung dieses Anspruchs aufzuheben. Die adäquate Folge ist vielmehr, dass dem Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren das Recht eingeräumt wird, nachträglich zu den vorerst fehlenden Aktenstücken Stellung zu nehmen. Dies ist erfolgt, womit der Mangel geheilt ist. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids wegen einer Gehörsverletzung fällt daher ausser Betracht.

13

#### **E. 25**

August 2020, E. 3.3.1; AFFOLTER/VOGEL, a.a.O., N. 16 zu Art. 314a ZGB). Sie soll dazu beitragen, dass im Verfahren dem Kindeswohl Rechnung getragen wird. Der Beschwerdeführer nimmt jedoch den Verzicht der Behörde auf die persönliche Anhörung der Kinder vor Erlass der vorsorglichen Massnahme zum Anlass, eine Rückführung der Kinder in ein ihnen abträgliches Umfeld und entgegen ihrer anderweitig (gegenüber der Beiständin und dem Kindsvertreter) mehrfach geäusserten Willenshaltung erzwingen zu wollen. Er verkehrt damit den Zweck der Kindesanhörung in sein Gegenteil.

#### **E. 25.1**

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz die «Verletzung elementarer Verfahrensvorschriften» vor.

#### **E. 25.2**

Diesen Vorwurf stützt er in erster Linie darauf, dass die Vorinstanz vor dem Erlass ihres Entscheids keine Art. 314a ZGB entsprechende Kindesanhörung durchgeführt habe. Weiter macht er geltend, die Vorinstanz hätte, weil sie nicht eine superprovisorische Anordnung getroffen habe, weitere Abklärungen treffen müssen, bevor sie entscheidet. Namentlich hätte sie die Adoptivmutter anhören und dem Einfluss der Ex-Partnerin des Beschwerdeführers nachgehen müssen. Er verlangt, dass entsprechende Beweismassnahmen im Beschwerdeverfahren nachgeholt werden.

#### **E. 25.3**

Vorweg ist festzuhalten, dass die Adoptivmutter von der Vorinstanz vor Erlass des Entscheids telefonisch angehört wurde. Der entsprechende Vorwurf des Beschwerdeführers zielt somit ins Leere. Die Form der Anhörung ist angesichts der Dringlichkeit der Angelegenheit (vgl. Ziff. 25.7 f. unten) nicht zu beanstanden.

#### **E. 25.4**

Gemäss Art. 314a Abs. 1 ZGB wird das Kind durch die Kindesschutzbehörde oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Es trifft zu, dass die Vorinstanz vor der Anordnung der angefochtenen vorsorglichen Massnahme keine Kindesanhörung nach

Art. 314a ZGB durchgeführt hat. Die Befragung der Kinder durch die Beiständin und die Schulsozialarbeiterin kann entgegen der Ansicht der Vorinstanz auch nicht als Anhörung durch eine «beauftragte Drittperson» bezeichnet werden, da diese erfolgte, bevor die Vorinstanz durch das Schreiben der Beiständin vom 27. August 2020 mit dem neu zu Tage getretenen Sachverhalt konfrontiert wurde.

#### **E. 25.5**

Die Anforderungen an die Beweisabnahme und die Gewährung des rechtlichen Gehörs hängen entscheidend von der Dringlichkeit der in Frage stehenden Massnahme ab. Gemäss Art. 445 Abs. 2 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB kann die Kindeschutzbehörde bei besonderer Dringlichkeit vorsorgliche Massnahmen sofort ohne Anhörung der am Verfahren beteiligten Personen treffen. Sie kann also auf Grund der sofort verfügbaren Beweise eine Anordnung treffen. Dabei gilt der Grundsatz des Freibeweises (AFFOLTER/VOGEL, Berner Kommentar, 2016, N. 112 zu Art. 314 ZGB).

#### **E. 25.6**

Die Vorinstanz hat nicht den Weg der superprovisorischen Anordnung gewählt, sondern den Beschwerdeführer vorgängig angehört. Paradoxerweise macht der Beschwerdeführer der Vorinstanz diese Vorgehensweise zum Vorwurf, indem er geltend macht, sie hätte diesfalls vor dem Entscheid weitere Abklärungen treffen müssen und habe Verfahrensvorschriften verletzt, weil sie dies unterlassen habe. Gleichzeitig räumt der Beschwerdeführer ein, dass eine superprovisorische Anordnung dem Gesetz entsprochen hätte. Es kann jedoch nicht sein, dass die Behörde, wenn sie gesetzeskonform handeln will, Ansprüche auf rechtliches Gehör zunächst zur Seite schieben muss und erst nachträglich gewähren darf.

#### **E. 25.7**

Wenn die KESB nicht superprovisorisch entscheiden will, sondern zunächst kurzfristig Verfahrensbeteiligte anhört, entfällt der in Art. 445 Abs. 2 ZGB vorgeschrie-

14 bene neue Entscheid im Rahmen des Massnahmeverfahrens. Dies bedeutet aber nicht, dass die Behörde nicht umgehend Massnahmen aufgrund der sofort verfügbaren Beweise anordnen darf, sondern anstehende weitere Beweismassnahmen durchführen muss, bevor sie (mit dadurch bedingter Verzögerung) entscheiden kann. Vielmehr muss es ihr möglich sein, nach Massgabe der Dringlichkeit sofort Anordnungen zu treffen und die weiteren Verfahrensschritte in das Hauptverfahren oder in ein weiteres Massnahmeverfahren zu verlegen. Namentlich geht die Wahrung des verfassungsrechtlichen Anspruchs von Kindern und Jugendlichen auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung (Art. 11 Abs. 1 BV) der strikten und unverzüglichen Einhaltung von Verfahrensvorschriften vor. Besonders dringlich ist ein Einschreiten der Behörde geboten, wenn ihr glaubhafte Vorwürfe der Gewaltausübung zugetragen werden.

#### **E. 25.8**

Im vorliegenden Fall wandte sich die Beiständin am 27. August 2020 mit einem ausführlich begründeten Antrag unter Beilage einer Aktennotiz der Schulsozialarbeiterin über die gemeinsame Befragung der betroffenen Kinder an die Vorinstanz. Es lagen keinerlei Anzeichen dafür vor, dass die darin geschilderten Aussagen der Kinder über Gewaltvorkommnisse wahrheitswidrig wären. Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers war es nicht seine Ex-Partnerin, die den Stein ins Rollen brachte,

sondern es waren die Kinder selbst, die sich der Ex-Partnerin anvertrauten und die dieser gegenüber gemachten Aussagen im Gespräch mit den beiden Fachpersonen bestätigten. Die Vorwürfe passten auch durchaus ins Bild der kurz zuvor durch die Beiständin durchgeführten Abklärung, wo ein zwiespältiger Eindruck des Verhältnisses zwischen C.\_\_\_\_\_ und dem Kindsvater entstanden war. Nachdem aufgrund der Gewaltvorwürfe dringliches Handeln geboten und der Standpunkt der Kinder hinlänglich bekannt war, durfte die Behörde ohne vorgängige persönliche Anhörung der Kinder Anordnungen treffen bzw. war sie dazu verpflichtet. Die Dringlichkeit eines Verfahrens kann Grund dafür sein, dass die Anhörung der Kinder nicht oder erst nachträglich erfolgt (AFFOLTER/VOGEL, a.a.O., N. 48 zu Art. 314a ZGB).

### **E. 25.9**

Die Anhörung des Kindes ist zum einen Ausfluss seiner Persönlichkeit und dient zum anderen der Sachverhaltsfeststellung (Urteil des BGer 5A\_92/2020 vom

### **E. 25.10**

Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe den Untersuchungs- und den Offizialgrundsatz (Art. 446 ZGB) verletzt, gründet auf einem Fehlverständnis dieser Grundsätze. Der Untersuchungsgrundsatz bedeutet, dass die Behörde Beweise abnehmen kann, die nicht von den Parteien vorgelegt oder beantragt wurden. Er zwingt die Behörde jedoch nicht, alle erdenklichen Beweismassnahmen zu treffen. Vielmehr kann sich die Behörde in antizipierter Beweiswürdigung auf die

15 – auch unter dem Aspekt der Dringlichkeit der Angelegenheit – zielführenden Beweismassnahmen beschränken. Der Offizialgrundsatz besagt sodann, dass die KESB in der Sache nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist. Vorliegend hat die Behörde sämtliche ihr vorliegenden Beweise gewürdigt, zudem den Beschwerdeführer persönlich und die Adoptivmutter telefonisch befragt und daraufhin die erforderlichen Anordnungen getroffen. Eine Verletzung der beiden genannten Grundsätze hat sie dabei in keiner Weise begangen.

### **E. 25.11**

Die Rügen des Beschwerdeführers in Bezug auf den Verfahrensablauf vor der Vorinstanz erweisen sich als nicht stichhaltig. Nachdem die KESB befugt war, aufgrund der ihr vorliegenden Beweise die beanstandete vorsorgliche Massnahme zu erlassen, erübrigen sich auch Beweismassnahmen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens. Solche würden im Übrigen bewirken, dass das Verfahren doppelspurig weitergeführt würde, nachdem das Hauptverfahren vor der KESB im Gang ist und weiter notwendige Beweise dort erhoben werden. Das liegt nicht im Interesse der Sache. Die oberinstanzlich gestellten Beweisanträge des Beschwerdeführers werden daher abgewiesen.

### **E. 26**

Ad Subsidiarität und Verhältnismässigkeit

### **E. 26.1**

Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass die Vorinstanz der (angeblichen) Kindeswohlgefährdung mit einer weniger einschneidenden Massnahme nach Art. 307 ZGB hätte begegnen können resp. müssen, konkret mit einer Beratung oder Weisung. Die Vorinstanz habe das Prinzip der Subsidiarität verletzt und keine Abwägung der

Verhältnismässigkeit vorgenommen.

### **E. 26.2**

Der Erlass von Kinderschutzmassnahmen setzt voraus, dass das Wohl des Kindes gefährdet ist und die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder dazu ausserstande sind (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Kann der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden, so hat die KESB es den Eltern wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen (Art. 310 Abs. 1 ZGB). Diesfalls muss die Gefährdung des Kindeswohls darin liegen, dass das Kind in der elterlichen Obhut nicht so geschützt und gefördert wird, wie es für seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung nötig wäre. Der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts setzt nicht voraus, dass ambulante Massnahmen versucht wurden, aber erfolglos blieben, sondern nur, dass aufgrund der Umstände nicht damit gerechnet werden kann, es lasse sich die Gefährdung mit solchen abwenden (BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl. 2018, N. 4 zu Art. 310 ZGB).

### **E. 26.3**

Alle Kinderschutzmassnahmen müssen erforderlich sein (Subsidiarität) und es ist immer die mildeste Erfolg versprechende Massnahme anzuordnen (Verhältnismässigkeit; Urteil des Bundesgerichts 5A\_615/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 2.2). Der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist somit nur zulässig, wenn andere Massnahmen ohne Erfolg geblieben sind oder von vornherein als ungenügend erscheinen, um die Gefährdung abzuwenden (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 5A\_401/2015 vom 7. September 2015 E. 5.2; BREITSCHMID, a.a.O., N. 4 zu Art. 307 ZGB).

### **E. 26.4**

Vorliegend haben die betroffenen Kinder glaubhaft geltend gemacht, dass sie vom Kindsvater physische und psychische Gewalt erlebt haben. Gewalt gegenüber Kin-

16 dern ist mit wirksamen Massnahmen zu begegnen. Dies verlangt auch das Verhältnismässigkeitsprinzip: Unverhältnismässig ist nicht nur eine Massnahme, die über das Ziel hinausschiesst, sondern auch eine solche, die das Ziel nicht erreicht bzw. nicht erreichen kann. In Bezug auf das Subsidiaritätsprinzip beruft sich der Beschwerdeführer auf Art. 307 Abs. 1 ZGB, wonach die Kinderschutzbehörde dann die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes trifft, wenn die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder dazu ausserstande sind.

### **E. 26.5**

Der Beschwerdeführer streitet nach wie vor die von den Kindern mehrfach geschil- derten Vorwürfe ab und zeigt sich uneinsichtig. Auch nach der Platzierung der Kin- der in der Institution hat er sich nicht gescheut, D.\_\_\_\_\_ einen Nachteil zuzufü- gen, indem er verhinderte, dass sie sich den gewünschten Wochenplatz suchen kann. Er ist weiterhin der Ansicht, dass die Kinder zu ihm zurückkehren sollten, obwohl dies deren konstant geäusserter Willenshaltung diametral widerspricht. Un- ter diesen Umständen ist die auswärtige Platzierung der Kinder die einzig ziel- führende Massnahme. Von einer Weisung an den Kindsvater oder einer Beratung wäre unter Berücksichtigung der Haltung des Kindsvaters keine zeitnahe und spür- bare Verbesserung der für D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ unhaltbaren Situation zu erwarten gewesen.

### **E. 27**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. V.

#### **E. 28**

Zu beurteilen bleibt das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege unter Beordnung von Rechtsanwältin E.\_\_\_\_\_ als amtliche Rechtsbeistandin (KES 20 781).

#### **E. 29**

Weil in Verfahren betreffend Kindesschutzmassnahmen vor dem Kindes- und Erwachsenenschutzgericht keine Verfahrenskosten erhoben werden (Art. 70 Abs. 3 Bst. d KESG, vgl. Ziff. 33.1 unten), ist das Gesuch nur hinsichtlich der Beordnung des amtlichen Rechtsbeistands zu überprüfen und ansonsten nicht darauf einzutreten.

#### **E. 30**

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). Die formelle und die materielle Voraussetzung müssen kumulativ vorliegen. Unter den gleichen Voraussetzungen kann einer Partei eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen es rechtfertigen (Art. 111 Abs. 2 VRPG).

#### **E. 31**

Für die formelle Voraussetzung (Prozessarmut) ist vom Effektivitätsprinzip auszugehen.

##### **E. 31.1**

Gemäss den eingereichten Lohnabrechnungen erzielt der Beschwerdeführer mit seiner 50%-Stelle am Q.\_\_\_\_\_ (Spital) ein monatliches Nettoeinkommen von

17 ca. CHF 2'450.00 zuzüglich Anteil 13. Monatslohn (rund CHF 220.00). Daneben erhält er Kinderzulagen von CHF 460.00 und eine Betreuungszulage von CHF 106.00. Dies ergibt total CHF 3'236.00. Im Jahr 2019 betrug sein Nettoeinkommen CHF 42'745.00, was pro Monat CHF 3'562.00 entspricht.

##### **E. 31.2**

Bedarfsseitig macht der Beschwerdeführer für sich und die beiden Kinder Ausgaben von monatlich CHF 7'048.00 geltend: Grundbetrag CHF 1'350.00 Zuschlag für Kinder CHF 1'200.00 Zivilprozessualer Zuschlag (30%) CHF 765.00 Mietzins (inkl. Parkplatz) CHF 2'640.00 Krankenkassenprämie Gesuchsteller (inkl. Prämienverbilligung) CHF 274.00 Krankenkassenprämien Kinder CHF 209.00 Pauschale Telekom/Versicherung CHF 100.00 Kosten Arbeitsweg CHF 400.00 Kosten Auswärtige Verpflegung CHF 110.00 Steuern CHF p.m. Total CHF 7'048.00 Diesen Bedarf stellt der Beschwerdeführer seinem Nettoeinkommen (unter Auslassung des Anteils 13. Monatslohn sowie der Kinder- und Betreuungszulagen) gegenüber. Damit kommt er auf ein Defizit von monatlich rund CHF 4'600.00.

##### **E. 31.3**

Von den geltend gemachten Auslagen ist zum Vornherein die vom Beschwerdeführer veranschlagte Pauschale Telekom/Mobiliarversicherung von CHF 100.00 abzuziehen, da sie bereits im zivilprozessualen Zuschlag in Höhe von 30% des betriebsrechtlichen

Existenzminimums enthalten ist. Auffallend sind die hohen Wohnkosten von CHF 2'640.00 monatlich (inkl. Parkplatz). Diese ergeben sich jedoch daraus, dass kürzlich eine Wohnung für den Beschwerdeführer, seine (Ex-) Partnerin und die Kinder angemietet wurde. Sie können nicht kurzfristig reduziert werden. Der geltend gemachte Zuschlag für die Kinder von CHF 1'200.00 monatlich fällt aufgrund der Fremdplatzierung der Kinder nicht länger an. Der Beschwerdeführer wird aber im Rahmen seiner Möglichkeiten an die Kosten des externen Aufenthalts der Kinder beizutragen haben. Zudem ist der Beschwerdeführer gegenüber den beiden bei der Mitbeteiligten lebenden Kindern unterhaltspflichtig, wobei er nicht darlegt, dass er die in der Steuererklärung 2019 aufgeführten Unterhaltsbeiträge noch leistet. Ob der Beschwerdeführer wirklich für die Berufsausübung auf ein Auto angewiesen ist, wie er geltend macht, kann nicht beurteilt werden. Dass ihm Nacht- und Wochenendzulagen ausbezahlt werden, ist diesbezüglich nicht aussagekräftig.

#### **E. 31.4**

Indessen ergibt eine grobe Gegenüberstellung des Einkommens des Beschwerdeführers mit den auf ihn selbst entfallenden Auslagen (Grundbetrag, zivilprozessua-

18 ler Zuschlag, Wohnkosten, Krankenversicherung, angemessene Erwerbsunkosten), dass diese nicht gedeckt sind. Infolge des Effektivitätsprinzips kann ihm kein aufgrund des Wegfalls von Betreuungspflichten höheres Einkommen angerechnet werden. Die formelle Voraussetzung der uR ist somit erfüllt.

#### **E. 32**

Die materielle Voraussetzung (nicht aussichtsloser Prozess) ist zwar zweifelhaft. Angesichts der starken Betroffenheit des Beschwerdeführers durch die kurzfristige Intervention der Behörde ist jedoch verständlich, dass er sich dagegen mit anwaltlicher Hilfe zu wehren suchte, so dass ihm praxisgemäss die unentgeltliche Rechtspflege nicht zu verweigern und ihm eine Rechtsvertretung beizuordnen ist. VI.

#### **E. 33.1**

Im Verfahren betreffend Kindesschutzmassnahmen werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 70 Abs. 3 Bst. d KESG).

#### **E. 33.2**

Ebenso wenig werden für den Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege Verfahrenskosten erhoben (Art. 112 Abs. 1 VRPG).

#### **E. 34**

Für das Beschwerdeverfahren ist kein Parteikostenersatz zu sprechen, zumal die Mitbeteiligte sich nicht vernehmen liess, womit ihr keine entschädigungspflichtigen Auslagen entstanden sind, und die Vorinstanz keinen Anspruch auf einen Parteikostenersatz hat (Art. 104 Abs. 3 VRPG).

#### **E. 35**

Es bleibt die amtliche Entschädigung von Rechtsanwältin E. \_\_\_\_\_ zu bestimmen.

#### **E. 35.1**

Die Entschädigung der amtlich bestellten Anwälte bemisst sich nach dem gebotenen Zeitaufwand und entspricht höchstens dem Honorar gemäss der Tarifordnung für den

Parteikostenersatz gemäss Art. 41 des Kantonalen Anwaltsgesetzes (KAG; BSG 168.11; Art. 42 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 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. 35.2**

Rechtsanwältin E.\_\_\_\_\_ weist in ihrer Kostennote vom 27. Oktober 2020 (pag. 131 ff.) einen Zeitaufwand von 12.25 Stunden aus, was sich im vorliegenden Beschwerdeverfahren als geboten im Sinne von Art. 42 Abs. 1 KAG erweist. Hinzu kommt die Stellungnahme vom 3. November 2020 zur Eingabe des Kindsvertreters, welche mit 0.75 Stunden veranschlagt werden kann. Damit ergibt sich ein Total von 13 Stunden. Als Auslagen macht Rechtsanwältin E.\_\_\_\_\_ Kosten von CHF 41.30 für Porti, Telefon und Kopien geltend, was nicht zu beanstanden ist. Die

19 Erstattung der Mehrwertsteuer zum gesetzlichen Satz von 7.7% gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Das volle Honorar veranschlagt Rechtsanwältin E.\_\_\_\_\_ auf CHF 3'062.50 zzgl. Auslagen und MwSt. (pag. 133), was innerhalb des Rahmentarifs gemäss Art. 11 Abs. 1 der Parteikostenverordnung (PKV; BSG 168.811) liegt und angesichts der massgeblichen Parameter (Zeitaufwand: durchschnittlich, Bedeutung der Streitsache: durchschnittlich und Schwierigkeit des Prozesses: durchschnittlich) als angemessen zu beurteilen ist (Art. 41 Abs. 3 KAG). Das volle Honorar wird unter Berücksichtigung des nach Ausstellung der Kostennote vom 27. Oktober 2020 für die Verfassung und Einreichung der Stellungnahme vom 3. November 2020 entstandenen Aufwandes auf CHF 3'250.00 bestimmt.

### **E. 35.3**

Die amtliche Entschädigung sowie das volle Honorar für Rechtsanwältin E.\_\_\_\_\_ werden demnach bestimmt wie folgt: Stunden Satz amtliche Entschädigung

### **E. 36**

Der Beschwerdeführer hat dem Kanton Bern die ausgerichtete Entschädigung zurückzuzahlen und Rechtsanwältin E.\_\_\_\_\_ die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 123 Abs. 1 ZPO).

20 Das Gericht entscheidet:

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