

BE_ZIVILSTRAF KES 2016 533 vom 18. Juli 2016

BE Obergericht, 2016-07-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_KES_2016_533

FR: BE_ZIVILSTRAF KES 2016 533 du 18 juillet 2016

IT: BE_ZIVILSTRAF KES 2016 533 del 18 luglio 2016

Regeste

Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes gemäss Art. 301a ZGB |
Zuständigkeit KESB

Erwägungen

E. 1

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Oberland West (nachfolgend Vorinstanz) stimmte mit Kammerentscheid vom 18. Juli 2016 in Bezug auf die drei Kinder, E._____, geb. 29. September 2007, F._____, geb. 10. August 2009, sowie G._____, geb. 20. April 2011, einem Wechsel des Aufenthaltsortes gemeinsam mit der Kindsmutter C._____ (nachfolgend Beschwerdegegnerin) von X._____ im Kanton Bern nach Y._____ im Kanton Basel-Land zu (Ziff. 1 des Entscheiddispositivs). In Ziff. 2 des Entscheiddispositivs wies die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des Kindsvaters A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer) zufolge Aussichtslosigkeit ab und auferlegte ihm die Verfahrenskosten (Ziff. 3 des Entscheiddispositivs). Einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (Ziff. 4 des Entscheiddispositivs).

E. 2

Es sei der Kindsmutter unter der Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, den Aufenthaltsort der gemeinsamen Kinder E._____, geb. 29.09.2007, F._____, geb. 10.08.2009 und G._____, geb. 20.04.2011, zu wechseln.

E. 3

Dem Beschwerdeführer sei für das Verfahren vor der Beschwerdegegnerin [recte Vorinstanz] sowie für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen und es sei ihm der Unterzeichnende als amtlicher Anwalt beizuordnen.

E. 4

Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

E. 5

Das Verbot gemäss Ziffer 2 sei bis zum Abschluss des Verfahrens als vorsorgliche Massnahme zu erlassen. Eventualiter zu Ziff. 2:

E. 6

In ihrer Vernehmlassung vom 1. September 2016 beantragte die Vorinstanz, die Beschwerde sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers – abzuweisen (pag. 75 ff.).

E. 7

Nach zweimalig gewährter Fristerstreckung (pag. 73 und 83) reichte die Beschwerdegegnerin am 26. September 2016 ihre Beschwerdeantwort ein. Darin beantragte sie, es seien die Beschwerde und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen (pag. 85). II.

E. 8

Angefochten ist ein Kammerentscheid der KESB. Gegen einen solchen Entscheid kann innert dreissig Tagen seit Mitteilung Beschwerde beim KESGer erhoben werden (Art. 314 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] i.V.m. Art. 450 und Art. 450b Abs. 1 ZGB sowie Art. 65 des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz [KESG; BSG 213.316] und Art. 28 Abs. 4 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Das KESGer ist damit zur Behandlung der eingereichten Beschwerde zuständig.

E. 9

Das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz richtet sich nach den Bestimmungen gemäss Art. 450 ff. ZGB. Subsidiär gelangt kantonales Verfahrensrecht, namentlich Art. 65 ff. KESG, zur Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. d KESG). Dieses verweist seinerseits in Art. 72 KESG auf die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

E. 10

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

E. 11

Auf die frist- (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450b Abs. 1 ZGB und Art. 42 Abs. 2 VRPG) und formgerecht (Art. 450 Abs. 3 ZGB) eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

E. 12

Da sich keine fachspezifische Fragen des Kindesschutzes stellen, erfolgt die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde durch drei hauptamtliche Richterinnen und Richter (Art. 45 Abs. 3 Satz 1 und Bst. b des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

4 III.

E. 13

Der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin sind verheiratet und leben seit dem 20. Juni 2015 getrennt. Sie haben als Eltern ihrer drei Söhne G._____, F._____ und E._____ die gemeinsame elterliche Sorge inne. Gemäss der Trennungsvereinbarung vom 6. November 2015, gerichtlich genehmigt durch das Regionalgericht Oberland am 1. Februar 2016, stehen die drei Kinder unter der Obhut der Kindsmutter. Dem Kindsvater steht dabei vereinbarungsgemäss ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende von Freitag 18:00 Uhr bis Sonntag 19:30 Uhr, ein allwöchentlicher zusätzlicher Betreuungstag sowie drei Wochen Ferien pro Jahr zu (vgl. Ziff. 3 der Trennungsvereinbarung in den Vorakten). Per Mitte Juli 2016 verlegte die Beschwerdegegnerin ihren zivilrechtlichen Wohnsitz zusammen mit demjenigen der Kinder von X._____ BE nach Y._____

BL. Sie kündigte die Wohnung in X. _____ per Ende Juli 2016 und ihre Stelle per Ende des Schuljahres 2015/2016. In Y. _____ mietete sie per 19. Juli 2016 ein Haus, unterzeichnete per 1. August 2016 einen Arbeitsvertrag als Lehrerin und meldete die Kinder für das neue Schuljahr in Y. _____ an (pag. 43).

E. 14

Da der Kindsvater mit dem Wohnsitzwechsel nicht einverstanden war und seine Zustimmung verweigerte, beantragte die Kindsmutter vorgängig zu ihrem Umzug bei der Vorinstanz, es sei ihr zu gestatten, mit ihren Kindern den Wohnort von X. _____ nach Y. _____ zu verlegen.

E. 15

Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so bedarf dies der Zustimmung des anderen Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde, wenn der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat (Art. 301a Abs. 2 Bst. b ZGB). Diese Norm muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dahingehend teleologisch reduziert werden, als die Konjunktion «oder» in die Bestimmung zu lesen ist und somit alternativ die eine oder andere Tatbestandsvariante (erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge oder erhebliche Auswirkungen auf den persönlichen Verkehr) den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes zustimmungsbedürftig macht (BGE 142 III 502 E. 2.4.2).

E. 16

Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid vom 18. Juli 2016 im Wesentlichen damit, der Wohnsitzwechsel der Kinder habe keine namhaften Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge bzw. auf den persönlichen Verkehr des Beschwerdeführers. Der Kindsvater vermöge auch nicht hinreichend darzulegen, inwiefern die Einschränkung in der Ausübung der elterlichen Sorge und im persönlichen Verkehr als erheblich im Sinne von Art. 301a Abs. 2 Bst. b ZGB einzustufen sei. Folglich seien keine zureichenden Gründe ersichtlich, die gegen eine Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsortes sprächen, zumal – wie aus der Anhörung der Kinder hervorgehe – auch keine Gefährdung des Kindeswohls ersichtlich sei (E. 9 des vorinstanzlichen Entscheids).

5

E. 17

Der Beschwerdeführer hält entgegen, eine aufgrund des geplanten Aufenthaltswechsels neue räumliche Distanz von 2 Autofahrstunden bzw. 3 Stunden mit dem öffentlichen Verkehr sowie der zugestandene Verlust des vereinbarten allwöchentlichen Betreuungstages und der verunmöglichten Teilnahmen an schulischen und privaten Anlässen unter der Woche stelle eine namhafte Auswirkung auf den persönlichen Verkehr und allenfalls auch auf die Ausübung der elterlichen Sorge dar (vgl. Beschwerde, pag. 7).

E. 18

Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, es sei unbestritten, dass durch die räumliche Distanz der Betreuungstag unter der Woche durch den Beschwerdeführer nicht mehr ausgeübt werden könne. Ob der Beschwerdeführer den Weg für spezielle Schulanlässe oder

ähnliches zurücklegen wolle, sei ihm anheimgestellt. Tatsache sei, dass die Beschwerdegegnerin durchaus bereit sei, den Kontakt des Vaters zu seinen Kindern in anderer Form zu gewährleisten, sei es mit zusätzlichen Besuchs- tagen während der Schulferien oder auch mit einer Erhöhung der Anzahl Ferien- wochen. Dass die Besuchsrechtsregelung an die neuen Wohnverhältnisse anzu- passen sei, sei unbestritten und nicht vermeidbar. Die Auswirkungen auf die Bezie- hung des Vaters zu seinen Kindern würden trotzdem unwesentlich sein (Be- schwerdeantwort, ad Ziff. 3 bis 4, pag. 91).

E. 18.00

Mehrwertsteuer 8.0% auf CHF 1'723.00 CHF 137.85 CHF 0.00 Total CHF 1'860.85
nachforderbarer Betrag CHF 368.30 Auslagen MWSt-pflichtig Auslagen ohne MWSt
Auslagen MWST-pflichtig Auslagen ohne MWST

15 9. Der Beschwerdeführer hat dem Kanton Bern das ausgerichtete amtliche Honorar zurückzuzahlen und Rechtsanwalt B. _____ die Differenz zwischen dem amtlichen und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald er dazu in der Lage ist. 10. Zu eröffnen: - dem Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____ - der Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher D. _____ - der Vorinstanz Mitzuteilen: - dem Kantonalen Jugendamt, Gerechtigkeitsgasse 81, 3011 Bern Bern, 18. November 2016 (Ausfertigung: 22. November 2016) Im Namen des Kindes- und Erwachsenenschutzgerichts Der Referent: Oberrichter Schlup Die Gerichtsschreiberin: Weingart Rechtsmittelbelehrung Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Be- schwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.

E. 19

Indem die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ihre Zustimmung zum Aufent- haltsortswechsel erteilt hat, widerspricht sie ihrer Begründung, wonach mangels Erheblichkeit der Einschränkungen bei der Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge bzw. des Besuchsrechts keine Zustimmungspflicht bestehe. Das Bundesge- richt hielt in einem kürzlich ergangenen Entscheid fest, dass von «erheblichen Auswirkungen» auf die elterliche Sorge bzw. den persönlichen Verkehr dann aus- zugehen ist, wenn die Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes das bisher ge- lebte Betreuungsmodell berührt. Massgeblich ist dabei, ob dieses aufgrund der Di- stanz in unveränderter Form oder mit nur geringen Anpassungen weitergeführt werden kann oder ob es infolge des Umzugs geändert werden muss (BGE 142 III 502 E. 2.4.1). Angesichts des im konkreten Fall deutlich verlängerten Reisewegs des Kindsvaters (Erhöhung der Distanz von Nachbarschaft zu einem mindestens zweistündigen Anreiseweg), dem Verlust des allwöchentlichen Besuchstages sowie aufgrund der starken Erschwerung der Teilnahme des Beschwerdeführers an schu- lischen und privaten Anlässen der Kinder unter der Woche, sind die Einschränkun- gen des persönlichen Verkehrs vorliegend entgegen der Einschätzung der Vorin- stanz als erheblich zu qualifizieren. Das bisher gelebte Betreuungsmodell kann un- ter den neuen Umständen nicht mehr weitergeführt werden und muss entspre- chend angepasst werden. Aus diesem Grund ist der Wechsel des Aufenthaltsortes der Kinder vorliegend zustimmungspflichtig im Sinne von Art. 301a Abs. 2 Bst. b ZGB.

E. 20

Setzt der Ortswechsel die Zustimmung des anderen Elternteils voraus und wird diese verweigert, so kann das Gericht oder die Kinderschutzbehörde die Zustimmung ersetzen. Zu prüfen ist folglich, ob die Zustimmung zum Wegzug der Kinder von der Vorinstanz zu Recht erteilt wurde.

6

E. 21.1

Der Beschwerdeführer macht vorab geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig (im Sinne von Art. 450a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) festgestellt und sich darauf beschränkt, Stellungnahmen der Eltern einzuholen und die Kinder anzuhören. Seiner Ansicht nach hätte das Umfeld der Kinder bei der Sachverhaltsabklärung miteinbezogen werden müssen (Schule, Verwandte, Bekannte, Ärztinnen und Ärzte). Deren Meinung sei für die Frage der Kindeswohlgefährdung mitentscheidend (Beschwerde, Ziff. 14, pag. 9). Die materielle Abwägung der Interessen ergebe, dass ein Verbleiben der Kinder in X._____ sachgerecht sei. Die Kinder könnten bis auf weiteres beim Beschwerdeführer bleiben, er bewohne die ehemalige Familienwohnung und die Kinder könnten weiterhin die angestammte Schule besuchen. Zudem stünden auch die Grosseltern väterlicherseits und die Schwester des Beschwerdeführers für die Kinderbetreuung zur Verfügung (Beschwerde, Ziff. 20, pag. 13).

E. 21.2

Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, die Aussagen der Kinder, wonach diese einem Umzug nach Y._____ zustimmten, liessen keine Zweifel offen. Die Söhne hätten sehr spontan und ihrem Alter entsprechend auch Gründe für den Wegzug von X._____ formuliert, die nur ihrem Geiste entstanden [sic] sein konnten. Tatsache sei, dass sich die Kinder ausserordentlich gut in Y._____ eingelebt hätten, sei es im Kollegenkreis als auch im Familien- und Bekanntenkreis und in der Schule. Die Kinder hätten sich auf den Aufenthaltsortswechsel gefreut. Sie schätzten, dass sie nun über eigene Zimmer verfügten und in dem von der Beschwerdegegnerin gemieteten Bauernhaus viele Möglichkeiten hätten, auch die Freizeit sinnvoll zu verbringen. Die Kinder würden sich in Y._____ völlig normal weiter entwickeln. Von einer Kindeswohlgefährdung könne keine Rede sein. Im Gegenteil, es werde für sie eine Bereicherung sein, sich einerseits in ihrer neuen Umgebung im Kanton BL einzuleben und andererseits den Bezug zu X._____ durch die Besuche bei ihrem Vater aufrechterhalten zu können. Insbesondere müssten die Kinder nicht mehr in eine Tagesschule. Die Mutter der Beschwerdegegnerin werde zwei Mal pro Woche einen Mittagstisch für die Kinder organisieren (Beschwerdeantwort, ad. Ziff. 12., pag. 93 ff.).

E. 21.3

Zur Frage, wann der Sachverhalt von der Vorinstanz als nicht in genügender Weise festgestellt gilt, hielt das Bundesgericht in BGE 142 III 502 E. 2.6 und 2.7 fest, ein tragfähiger Entscheid über die Frage, ob ausgehend vom Wegzug des einen Elternteils ein Mitgehen oder ein Verbleib des Kindes beim anderen Elternteil zu seinem besseren Wohl sei, könne nur getroffen werden, wenn eine Vorstellung darüber bestehe, in welche Umgebung der Umzug erfolgen soll und wie das zukünftige Betreuungs- bzw. Besuchskonzept einerseits bei einem Mitgehen des Kindes und andererseits bei einem Verbleib beim anderen Elternteil aussehen würde (vgl. E. 2.6). Der rechtserhebliche

Sachverhalt beinhaltet somit das tatsächlich gelebte Betreuungskonzept vor dem Wegzug, die Konturen (nicht die Motive) des Wegzuges der betreuenden Person, die Bedürfnisse des Kindes im Zusammenhang mit der Wegzugssituation, der angebotene Betreuungsumfang und die tatsächliche Be-

7 treuungsmöglichkeiten der Elternteile ausgehend von der neuen Situation (vgl. E. 2.7).

E. 21.4

In den Akten befinden sich die Stellungnahmen der Kindseltern sowie das Protokoll des Behördenmitgliedes H._____, Fachpsychologin FSP für Kinder- und Jugendpsychologie über die Anhörung der drei Kinder vom 4. Juli 2016, in welchem sich alle drei Söhne altersgerecht grundsätzlich positiv zum Wechsel des Aufenthaltsortes ausgesprochen haben. Weiter lag der Vorinstanz die Trennungsvereinbarung vom 6./13. November 2015 vor, welcher gestützt auf die übereinstimmenden Angaben der Parteien nachgelebt wird. Darüber hinaus befindet sich der Mietvertrag der Beschwerdegegnerin für eine neue Familienwohnung in Y._____ BL in den Akten der Vorinstanz (vgl. Beilage 9 zum vorinstanzlichen Gesuch) sowie auch Lohnangaben betreffend die Neuanstellung der Beschwerdegegnerin als Lehrerin, mit etwas höherem Beschäftigungsgrad (55.72% statt bisher 43.10%, vgl. Beilage 11 und 12 zum vorinstanzlichen Gesuch) und einem deutlich höheren Verdienst im Kanton BL (BE CHF _____ für 100%; BL CHF _____ für 100%). Auch sind Briefe der Schulleitung Y._____ BL, wonach die drei Kinder nach den Sommerferien 2016 erwartet und in ihre Klassen bzw. in den Kindergarten eingeteilt werden (Beilage 13 zum vorinstanzlichen Gesuch) bei den Akten. Zudem sind einige von den Parteien gemachte Vorbringen gar nicht bestritten. Darunter fällt beispielsweise der Umstand, dass die Eltern der Kindsmutter in räumlicher Nähe zum neuen Wohnort der Kinder leben und einen Teil der Betreuung (Mittagstisch) übernehmen können (vgl. Beschwerde, pag. 7; Beschwerdeantwort, pag. 93).

E. 21.5

Die Vorinstanz hat in vorliegendem Fall den Sachverhalt aktiv insoweit abgeklärt, als sie die drei Kinder durch ein Behördenmitglied, einer Fachpsychologin FSP für Kinder- und Jugendpsychologie, angehört hat. Im Weiteren hat sie sich auf die Angaben und eingereichten Unterlagen der anwaltschaftlich vertretenen Parteien gestützt. Die genannten Aktenstücke bildeten dabei ausreichende Entscheidungsgrundlagen, um die Frage der Bewilligung des Wegzuges der Kinder beantworten zu können. Der Sachverhalt wurde deshalb nicht unvollständig abgeklärt, umso mehr, als es entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers vorliegend nicht um eine Kindswohlgefährdung geht (siehe unten E. 22.6).

E. 21.6

Die Rüge des unvollständig festgestellten Sachverhaltes verfährt folglich nicht.

E. 22.1

In der Literatur wird überwiegend die Meinung vertreten, dass das Gericht oder die Kinderschutzhilfe den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes grundsätzlich genehmigt, wenn der Wegzug mit dem Kindeswohl vereinbar ist. An das behördliche Verbot eines Aufenthaltsortswechsels des Kindes sind hohe Anforderungen zu stellen, da mit einem entsprechenden Verbot faktisch auch ein Umzug des hauptsächlichen

betreuenden Elternteils verunmöglicht wird (FASSBIND, Inhalt des gemeinsamen Sorgerechts, der Obhut und des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Lichte des neuen gemeinsamen Sorgerechts als Regelfall, AJP 2014, S. 697 f.). Eine Verweigerung soll daher nur erfolgen, wenn das Kindeswohl mit dem Wegzug

erheblich gefährdet wird (vgl. dazu BGE 136 III 353 E. 3.3). Nicht mit dem Kindeswohl vereinbar ist der Ortswechsel u.a. dann, wenn die Interessen des Kindes am Verzicht auf den Umzug insbesondere im Hinblick auf den Erhalt der Beziehung zum anderen Elternteil, aber auch aus anderen Gründen schwerer wiegen als die berechtigten Interessen des umzugswilligen Elternteils (SCHWENZER/COTTIER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014, N. 14 zu Art. 301a ZGB; BUCHER, Elterliche Sorge im Schweizerischen und internationalen Kontext, Symposium zum Familienrecht, 2013, N. 142).

E. 22.2

In jüngster Zeit hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 301a Abs. 2 ZGB in drei Entscheidungen präzisierend bzw. klärend festgehalten, dass im Kern die Niederlassungs- bzw. die Bewegungsfreiheit der Elternteile zu respektieren sei (vgl. BGE 142 III 502 E. 2.5; BGE 142 III 498 E. 4.3 sowie BGE 142 III 481 E. 2.5, je m.w.H.). Es ist mithin nicht nach den Motiven für den elterlichen Wegzug zu forschen, sondern von dieser Prämisse auszugehen. Dementsprechend lautet die vom Gericht oder der Kindesschutzbehörde zu beantwortende Frage nicht, ob es für das Kind vorteilhafter wäre, wenn beide Elternteile am angestammten Ort verbleiben würden; die entscheidende Fragestellung ist vielmehr, ob sein Wohl besser gewahrt ist, wenn es mit dem wegzugswilligen Elternteil mitgeht oder wenn es sich beim zurückbleibenden Elternteil aufhält, was allenfalls eine Umteilung der Obhut impliziert, im vorliegenden Fall aber mangels Antrags des Beschwerdeführers nicht in Frage steht. Die Antwort auf die genannte Frage hat sich nicht an der Interventionsschwelle der Kindesgefährdung, sondern an der Maxime des Kindeswohls auszurichten und sie kann weder losgelöst vom bisher gelebten noch losgelöst vom zukünftig zur Debatte stehenden Betreuungsmodell gefunden werden. Das bisherige Betreuungsmodell bildet, unter Vorbehalt veränderter Verhältnisse, den Ausgangspunkt der Überlegungen. Ist das Kind von beiden Elternteilen in ähnlichem Umfang betreut worden und sind auch weiterhin beide Teile dazu bereit, ist die Ausgangslage gewissermassen neutral und es ist anhand weiterer Kriterien zu eruieren, welche Lösung im besten Interesse des Kindes liegt. War hingegen der umzugswillige Elternteil nach dem bisher tatsächlich gelebten Betreuungskonzept ganz oder überwiegend die Bezugsperson, wird es tendenziell zum besseren Wohl des Kindes sein, wenn dieses mit dem betreffenden Elternteil umzieht. Massgeblich sind stets die Umstände des Einzelfalles, wozu namentlich auch das Alter des Kindes gehört (zum Ganzen BGE 142 III 502 E. 2.5 m.w.H.; vgl. für die einzelnen Kriterien und alle weiteren Ausführungen BGE 142 III 481 E. 2.7, welches zu einem internationalen Wegzug ergangen, aber gleichermassen auf den landesinternen Umzug zu übertragen ist).

E. 22.3

Vor dem geplanten Wechsel des Aufenthaltsortes stellte sich die Situation wie folgt dar: Die drei Kinder standen unter der Obhut der Kindsmutter, bei gemeinsamer elterlicher Sorge. Das Besuchsrecht wurde gemäss Trennungsvereinbarung gelebt, d.h. die Kinder gingen jedes zweite Wochenende von Freitag, 18:00 Uhr, bis Sonntag, 19:30 Uhr, zum Kindsvater sowie zusätzlich an einem Betreuungstag unter der Woche. Der Kindsvater

arbeitete zu 80% und die Kindsmutter zwischen 40 – 50%. Die Mutter war nach diesem Konzept die überwiegende Betreuungsperson.

9

E. 22.4

Im heutigen Zeitpunkt, d.h. nach dem Umzug der Mutter mit den drei Kindern prä-sentiert sich die Situation wie folgt: Die Mutter wohnt mit ihren drei Kindern in einem Haus in Y._____ BL. Die Kinder gehen seit Anfang des Schuljahres 2016/2017 dort zur Schule bzw. in den Kindergarten. Sie haben am neuen Ort Verwandte und Bekannte. Die Kindsmutter arbeitet neu zu rund 55 % als Lehrerin (15 Lektionen, der Rest ist Vorbereitungszeit zu Hause) und ist damit weiterhin in der Lage, die Kinder weitestgehend persönlich zu betreuen. Die Grosseltern mütterlicherseits stehen zweimal pro Woche für den Mittagstisch zur Verfügung. Der Beschwerdeführer holt die Kinder zurzeit am Freitag um 13:30 Uhr in Y._____ ab, die beiden älteren Söhne etwas später, da diese noch bis 15:15 Uhr in der Schule sein müssen. Die Beschwerdegegnerin holt dann die Kinder (am Sonntag) um 18:00 Uhr in X._____ ab (Beschwerdeantwort, ad Ziff. 16, pag. 99). Die Kinder sind mit 9, 7 und 5 Jahren noch jung und überwiegend personen- und nicht umgebungsbezogen, was ebenfalls für den Verbleib der Kinder bei der hauptbetreuenden Kindsmutter spricht. Schliesslich haben die Kinder einem Umzug in den Kanton BL vorgängig zugestimmt und die Erziehungsfähigkeit der Kindsmutter wird vom Kindsvater nicht in Frage gestellt.

E. 22.5

Der Kindsvater beantragt die Obhut über die Kinder nicht förmlich und könnte diese gemäss seinen Aussagen wohl auch nur eingeschränkt persönlich wahrnehmen. Konkrete Angaben in Bezug auf ein mögliches Betreuungsmodell für vier volle Tage der Betreuung (bei einem Arbeitspensum des Beschwerdeführers von 80%) liegen nicht vor. Von einer Bereitschaft des Vaters, die Kinder weitgehend selber zu betreuen und zu pflegen, kann jedenfalls nicht ausgegangen werden.

E. 22.6

Gemessen an der Maxime des Kindeswohls sind die Interessen der drei Kinder nach dem Gesagten am besten gewahrt, wenn sich diese zusammen mit der hauptbetreuenden Mutter am neuen Wohnsitz in Y._____ BL aufhalten. Das Kindeswohl wird durch den Wechsel des Aufenthaltsortes nicht gefährdet, vielmehr ist dadurch eine harmonische Entfaltung der Kinder in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht gewährleistet. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Umzug der Kinder zu Recht bewilligt wurde.

E. 22.7

Die Beschwerde ist somit in Bezug auf die Rechtsbegehren 1 und 2 abzuweisen.

E. 23.1

Weiter ist der Eventualantrag des Beschwerdeführers zu prüfen, wonach der persönliche Verkehr zwischen den Kindern und dem Beschwerdeführer neu zu regeln sei.

E. 23.2

Der Beschwerdeführer beanstandet, dass die Vorinstanz zwar ausführe, Art. 301a Abs. 2 und Abs. 5 ZGB habe den Zweck, im Falle eines Umzuges den persönlichen Verkehr oder den Unterhalt an die veränderte Situation anzupassen. In der Folge unterlasse es die

Vorinstanz jedoch, den persönlichen Verkehr neu zu regeln, ob- schon sie dazu von Gesetzes wegen unter herrschender Officialmaxime befugt gewesen wäre. Sie habe sich stattdessen darauf beschränkt, auf das Angebot der Kindsmutter zur Anpassung der Trennungsvereinbarung zu verweisen, obschon

10 dieses Angebot zugleich erhebliche finanzielle Konzessionen des Beschwerdefüh- rers verlangt hätte (Beschwerde, Ziff. 15, pag. 9).

E. 23.3

Die Beschwerdegegnerin hält diesbezüglich fest, dem Beschwerdeführer sei eine Trennungsvereinbarung mit einer angepassten Besuchsrechtsregelung offeriert worden, dieser habe die Offerte abgelehnt (Beschwerdeantwort, ad Ziff. 15, pag. 97). Es sei allerdings wichtig, dass der persönliche Verkehr nun neu geregelt werde (Beschwerdeantwort, ad Ziff. 16, pag. 99).

E. 23.4

Soweit dies erforderlich ist, verständigen sich die Eltern unter Wahrung des Kin- deswohls über eine Anpassung der Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs und des Unterhaltsbeitrages. Können sie sich nicht einigen, entscheidet das Gericht oder die Kindesschutzbehörde (Art. 301a Abs. 5 ZGB).

E. 23.5

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung spricht sich für eine gleichzeitige und ein- heitliche Anwendung von Art. 301a Abs. 2 und 5 ZGB aus. So bildet die Regelung im Sinne von Art. 301a Abs. 5 ZGB einen notwendigen Bestandteil des Entschei- des über den Wegzug, weil die konkrete Ausgestaltung der Betreuung und des persönlichen Verkehrs die Frage beeinflusst, welchen Aufenthaltsort das Kind in seinem besten Interesse haben soll (BGE 142 III 481 E. 2.8). Es ist mit anderen Worten von einer Einheit der Bewilligung des Wegzuges und der Prüfung der An- passung des Eltern-Kind-Verhältnisses auszugehen (BGE 142 III 502 E. 2.6).

E. 23.6

Wie aus den Akten hervorgeht, hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdefüh- rer bereits den Entwurf einer neuen Trennungsvereinbarung vorgelegt, in welcher sie ihm einen Vorschlag für die Neuregelung des Besuchsrechts unterbreitet (vgl. Entwurf vom 9. Juni 2016 in den Vorakten). Diesem Entwurf konnte bzw. kann der Beschwerdeführer nicht zustimmen. Es ist somit ersichtlich, dass sich die Eltern in der heutigen Situation nicht über eine Anpassung der Regelung der elterlichen Sorge einigen konnten.

E. 23.7

Vor diesem Hintergrund hätte die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid von Am- tes wegen – d.h. auch ohne Antrag des Beschwerdeführers – gestützt auf die ge- setzliche Grundlage von Art. 301a Abs. 5 ZGB über die Anpassung der Regelung des persönlichen Verkehrs entscheiden müssen, da die Wechselwirkung zwischen dem neuem Aufenthaltsort der Kinder und der Auswirkungen auf das Besuchsrecht offensichtlich waren bzw. noch immer sind: Die bisherige Besuchsrechtsregelung mit einem Betreuungstag des Kindsvaters unter der Woche wird unbestrittener- massen auf Grund der neuen räumlichen Distanz verunmöglicht.

E. 23.8

Der Beschwerdeführer beantragt, die angerufene obere Instanz solle den persönlichen Verkehr gleich selber neu regeln. Gemäss Art. 69 Abs. 2 KESG urteilt das KESG in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise zu neuer Beurteilung an die KESB zurück. Um selbst einen Entscheid in der Sache treffen zu können, müsste das Gericht weitere Sachverhaltsabklärungen vornehmen. Gegen den Entscheid des in materieller Hinsicht als erste Instanz urteilenden Gerichts stünde den Parteien nur noch die Beschwerde an das Bundesgericht offen. Dieses könnte jedoch nicht mit freier Kognition entscheiden, sondern wäre an die vom Gericht ge-

11 stützt auf die Akten getroffenen Sachverhaltsfeststellungen gebunden (Art. 105 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR173.110]). Dem Beschwerdeführer bzw. der Beschwerdegegnerin ginge damit nicht nur eine Instanz verloren, sondern es fände auch keine volle Überprüfung des Sachverhalts durch eine zweite Instanz statt. Es rechtfertigt sich daher, die Sache zur Erstellung des rechtserheblichen Sachverhalts (insb. zur Abklärung des angebotenen Betreuungsumfangs und der tatsächlichen Betreuungsmöglichkeiten der Elternteile ausgehend von der neuen Situation) und zur anschliessenden Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 23.9

Die Beschwerde ist somit in Bezug auf das Eventualbegehren gutzuheissen und die Vorinstanz anzuweisen, die versäumte Regelung des persönlichen Verkehrs im Sinne von Art. 301a Abs. 5 ZGB nachzuholen.

E. 24.1

Zu prüfen bleibt das Rechtsbegehren 3, wonach der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm für das Verfahren vor der Vorinstanz sowie für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen.

E. 24.2

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

E. 24.3

Die Vorinstanz wies das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege aufgrund von Aussichtslosigkeit ab. Sie begründete dies damit, die Bestimmung von Art. 301a Abs. 2 Bst. b ZGB habe nicht die Absicht, einem umzugswilligen Elternteil den Wohnortswchsel zu verbieten, sondern es gehe vielmehr darum, den persönlichen Verkehr oder den Unterhalt an die veränderte Situation anzupassen. Die Behörden untersagten nur ausnahmsweise den Wechsel des Aufenthaltsortes der Kinder. Das Gesuch müsse daher als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden, weil der persönliche Verkehr sowie die Ausübung der elterlichen Sorge durch den Umzug nicht schwerwiegend tangiert seien (Ziff. 17 und 18 des vorinstanzlichen Entscheids).

E. 24.4

Ob ein Rechtsstreit aussichtslos ist, beurteilt sich aufgrund einer summarischen Prüfung der Angelegenheit, welche sich auf eine antizipierte Beweiswürdigung abstützen kann (vgl. BGE 105 Ia 114 f.). Massgebend sind die Prozessaussichten im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Es dürfen insbesondere nicht vorerst Be- weise erhoben werden, um aufgrund dieser nachträglich auf die Aussichtslosigkeit zu schliessen (BGE 122 I 6 f., BGE 101 Ia 37; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, N. 13 zu Art. 111 VRPG).

12

E. 24.5

Als aussichtslos sind nach der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich gerin- ger sind als die Verlustgefahr und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet wer- den können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135 f. mit weiteren Hinweisen).

E. 24.6

Das oberinstanzliche Gericht kommt zum Schluss, dass vorliegend entgegen der Ansicht der Vorinstanz von einer erheblichen Einschränkung des persönlichen Ver- kehrs bzw. der Ausübung der elterlichen Sorge durch den Umzug auszugehen ist (E. 19 oben). Vor diesem Hintergrund konnte bereits im vorinstanzlichen Verfahren nicht von vornherein von der Aussichtslosigkeit des Antrages des Beschwerdefüh- rers ausgegangen werden.

E. 24.7

Dem am 3. Juni 2016 bei der Vorinstanz eingereichten Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege inkl. Gesuchsbeilagen lässt sich zudem entnehmen, dass das Ein- kommen des Beschwerdeführers unter dem Betrag liegt, der für den Lebensunter- halt absolut notwendig ist. Trotz seines Wohneigentums (X._____, Grundstück- Nr. _____) verfügt er aufgrund der hohen Schuldbelastung über kein steuerba- res Vermögen (vgl. Veranlagungsverfügung für die Kantons- und Gemeindesteu- ern 2014 vom 20. November 2015, Gesuchsbeilage 11), weshalb er als prozess- arm gilt. Die finanzielle Situation hat sich seit der Gesuchseinreichung am 3. Juni 2016 im Verhältnis zu derjenigen am 29. Juli 2016 nicht massgeblich verändert.

E. 24.8

Weiter beantragt der Beschwerdeführer, es sei ihm Rechtsanwalt B._____ als amtlicher Anwalt beizuordnen. Ein amtlicher Anwalt ist ihm für das Verfahren vor oberer Instanz zu gewähren, da es sich vorliegend um ein schriftliches Verfahren mit erhöhten prozessualen Vorschriften handelt, deren Missachtung aus Unkennt- nis Nachteile nach sich ziehen könnten. Die neuste Rechtsprechung zu Art. 301a ZGB erging erst im Jahre 2016, weshalb sie gerade für Laien noch nicht unbedingt bekannt sein konnte. Ebenso gebietet der Grundsatz der Waffengleichheit, auch dem Beschwerdeführer einen Anwalt beizuordnen.

E. 24.9

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist somit für das Verfahren vor oberer Instanz gutzuheissen, unter Beiordnung von Rechtsanwalt B. _____ als amtlicher Rechtsvertreter. Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheides ist aufzuheben und die Vorinstanz ist anzuweisen, die Verfahrenskosten für das Verfahren 791012/2016-2933 unter Neuurteilung der Anträge um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um amtliche Rechtsvertretung im Sinne der obigen Erwägungen zu verlegen.

E. 24.10

Für das oberinstanzliche Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben.

13 IV.

E. 25

Der Beschwerdeführer ist mit seinen Anträgen nur zum Teil durchgedrungen. Es rechtfertigt sich daher, die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'000.00, den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Soweit den Beschwerdeführer betreffend, gehen die ihm auferlegten Gerichtskosten vorläufig zulasten des Kantons Bern. Der Beschwerdeführer ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 113 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 123 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Der Beschwerdegegnerin wird für ihren Gerichtskostenanteil eine separate Rechnung zugestellt.

E. 26

Aus denselben Erwägungen trägt jede Partei im Beschwerdeverfahren ihre eigenen Parteikosten (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

E. 27

Soweit den Beschwerdeführer betreffend, trägt seine Parteikosten vorläufig der Kanton Bern. Das amtliche Honorar von Rechtsanwalt B. _____ für das Beschwerdeverfahren ZK 16 533 wird unter Berücksichtigung der eingereichten Honorarnote vom 30. September 2016 für das oberinstanzliche Verfahren wie folgt bestimmt (anteilmässige Ausscheidung des Honorars ab dem Zeitpunkt der Verfassung der Beschwerde; entsprechender Anteil an Auslagen ausmachend CHF 18.00): Stunden Satz amtliche Entschädigung 6.82 200.00 CHF 1'364.00 CHF

E. 28

Der Beschwerdeführer hat dem Kanton Bern das ausgerichtete amtliche Honorar zurückzuzahlen und Rechtsanwalt B. _____ die Differenz zwischen dem amtlichen und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 113 Abs. 1 VRPG; Art. 123 ZPO und Art. 42a KAG).

14 Das Gericht entscheidet: 1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Dispositivziffern 2 und 3 des Entscheides der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Oberland West vom 18. Juli 2016 werden aufgehoben. 2. Die Vorinstanz wird angewiesen, den persönlichen Verkehr zwischen dem Beschwerdeführer und dessen drei Kindern E. _____, F. _____ sowie G. _____ im Sinne von Art. 301a Abs. 5 ZGB zu regeln. 3. Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen. 4. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird für das Verfahren vor oberer Instanz gutgeheissen, unter Beiordnung von Rechtsanwalt B. _____ als amtlicher Rechtsvertreter. Die Vorinstanz

wird angewiesen, die Verfahrenskosten für ihr Verfahren 791012/2016-2933 unter Neubeurteilung der Anträge um unentgeltliche Rechtspflege und um amtliche Rechtsvertretung im Sinne der Erwägungen zu verlegen. 5. Für das oberinstanzliche Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Verfahrenskosten erhoben. 6. Die Verfahrenskosten für das oberinstanzliche Verfahren, ausmachend CHF 1'000.00, werden zur Hälfte, ausmachend CHF 500.00, der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Ihr wird eine separate Rechnung zugestellt. Die andere Hälfte, ausmachend CHF 500.00, wird dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt und geht vorläufig zulasten des Kantons Bern. Der Beschwerdeführer ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist. 7. Jede Partei trägt im Beschwerdeverfahren ihre eigenen Parteikosten, unter Vorbehalt der Gewährung des Rechts auf unentgeltliche Prozessführung. 8. Das amtliche Honorar von Rechtsanwalt B._____ für das Beschwerdeverfahren wird wie folgt bestimmt: Stunden Satz amtliche Entschädigung 6.82 200.00 CHF 1'364.00 CHF

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