

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 06
Fax +41 31 634 50 53
Obergericht-Zivil.Bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

KES 18 280
KES 18 502 (uR-Gesuch)

Bern, 2. Oktober 2018

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter Hurni und Ober-
richter D. Bähler
Gerichtsschreiberin Miescher

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführer

gegen

**Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Mittelland
Süd**, Tägermattstrasse 1, Postfach 1224, 3110 Münsingen
Vorinstanz

C. _____
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____
Beschwerdegegnerin

E. _____
Betroffener

Gegenstand

Ablehnung des Antrages auf Erteilung der gemeinsamen elterli-
chen Sorge

Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

Beschwerde gegen den Entscheid der KESB Mittelland Süd vom
20. März 2018 (11235899/2017-3614)



Regeste:

Neuzuteilung des Sorgerechts

Im Unterschied zu Art. 298b ZGB, der die gemeinsame elterliche Sorge im Rahmen der «erstmaligen Regelung» der elterlichen Sorge bei unverheirateten Paaren oder innert der am 30. Juni 2015 abgelaufenen Übergangsfrist gemäss Art. 12 Abs. 4 SchIT ZGB als Regelfall festlegt und davon nur abweichen will, wenn aus Kindeswohlüberlegungen an der alleinigen Sorge festzuhalten ist, ist die Beurteilung bei Art. 298d ZGB bei Vorliegen veränderter Verhältnisse gerade umgekehrt: Obwohl der Gesetzgeber als Grundsatz die gemeinsame elterliche Sorge vorsieht, kommt die Umteilung der elterlichen Sorge gemäss Art. 298d ZGB nur dann zum Tragen, wenn das Festhalten an der bisherigen Regelung aufgrund der Veränderung der Verhältnisse zu einer Kindeswohlgefährdung führt, die mit der Neuregelung der Zuteilung behoben werden kann (E. 22-27).

Erwägungen:

I.

1. E._____, geb. E._____ 2011, ist der Sohn von C._____ (nachfolgend: Kindsmutter) und A._____ (nachfolgend: Kindsvater, Beschwerdeführer). Seine Eltern waren nie miteinander verheiratet und trennten sich im September 2015. E._____ wohnt mit seinen zwei Halbschwestern bei der Mutter, welche das Sorgerecht innehat. Am 7. Dezember 2011 schlossen die Eltern einen Unterhaltsvertrag mit Besuchsregelung ab, welcher von der damals zuständigen Regionalen Vormundschaftsbehörde F._____ genehmigt wurde. Über das Besuchs- und Ferienrecht des Vaters gegenüber dem Kind wollten sich die Eltern direkt verständigen. Im Fall der Uneinigkeit sollte der Vater das Kind am ersten und dritten Wochenende eines jeden Kalendermonats von Samstagmorgen bis Sonntagabend sowie während vier Wochen Ferien pro Kalenderjahr sehen (Vorakten).
2. Im Frühjahr 2017 entzündete sich der chronische Streit zwischen den Eltern an der Frage eines Ferienaufenthalts von Vater und Kind im Ausland heftig, was die Polizei zu einer Gefährdungsmeldung an die KESB Mittelland Süd (nachfolgend: Vorinstanz) veranlasste. Diese eröffnete am 26. April 2017 ein Kindeschutzverfahren und erteilte dem Regionalen Sozialdienst F._____ den Auftrag zur Abklärung des Sachverhalts.
3. Am 23. Mai 2017 änderten die Eltern vor der Schlichtungsbehörde ihre bisherige Unterhaltsregelung ab.

4. Am 26. Mai 2017 beantragte der Kindsvater bei der Vorinstanz das gemeinsame elterliche Sorgerecht, nachdem die Kindsmutter ihre Zustimmung dazu nicht erteilt hatte. Die KESB erweiterte das hängige Kindesschutzverfahren am 30. Mai 2017 um die Frage der Neuregelung des elterlichen Sorgerechts.
5. Die Eltern einigten sich am 12. September 2017 auf eine neue Besuchsregelung (jedes zweite Wochenende von Samstag [09.00 Uhr] bis Sonntag [18.00 Uhr], jährlich drei Wochen Ferien sowie gewisse Feiertage).
6. Mit Entscheid vom 20. März 2018 befand die Vorinstanz was folgt:
 1. Das Kindesschutzverfahren betreffend E. _____ wird ohne Massnahme abgeschlossen.
 2. Der Antrag von A. _____ auf Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge über E. _____ wird abgelehnt.
 3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 300.00. Sie werden A. _____ auferlegt und nach Eintritt der Rechtskraft in Rechnung gestellt.
- 4.+5. [Eröffnungsformel]
7. Gegen diesen Entscheid erhob der Kindsvater, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____, mit Eingabe vom 23. April 2018 (Postaufgabe am selben Tag) Beschwerde beim Kindes- und Erwachsenenschutzgericht. Er beantragte, die Ziffern 2 und 3 des vorinstanzlichen Entscheids vom 20. März 2018 seien aufzuheben und sein Antrag auf Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge betreffend E. _____ sei gutzuheissen. Eventualiter sei die Sache zur ausführlichen Abklärung (inkl. Anhörung von E. _____) an die Vorinstanz zurück zu weisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (pag. 1 ff.).
8. Die Vorinstanz schloss in ihrer Vernehmlassung vom 7. Juni 2018 auf Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdeführers (pag. 33 ff.).
9. Nach zweimalig bewilligter Fristverlängerung reichte C. _____ am 13. Juli 2018 eine Stellungnahme ein und beantragte die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Gleichzeitig ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, unter Beiordnung von Rechtsanwalt D. _____ als Rechtsbeistand, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (pag. 41 ff.).
10. Der Beschwerdeführer reichte am 26. Juli 2018 eine Stellungnahme zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein.

II.

11. Für die Beschwerde gegen den Entscheid der Vorinstanz ist das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht zuständig (Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 65 des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz [KESG; BSG 213.316]).
12. Das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz richtet sich nach den Bestimmungen gemäss Art. 450 ff. ZGB. Subsidiär gelangt kantonales Verfahrensrecht, nämlich 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).
13. 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.
14. Auf die eingereichte Beschwerde ist einzutreten.
15. Da sich keine fachspezifischen Fragen stellen, erfolgt die Entscheidungsfindung 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]).
16. Für den Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren ist die Instruktionsrichterin zuständig (vgl. Art. 111 Abs. 4 VRPG). Die Behandlung durch das Kollegialgericht schadet indes nicht und erweist sich aus prozessökonomischen Gründen als sinnvoll.
17. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Ziffern 2 und 3 des vorinstanzlichen Entscheids vom 20. März 2018. Die Ziffer 1 des erwähnten Entscheides ist damit in Rechtskraft erwachsen.

III.

- 18.
- 18.1. Die Vorinstanz hielt in ihrem Entscheid vom 20. März 2018 fest, dem Abklärungsbericht des Regionalen Sozialdienstes F._____ vom 11. September 2017 könne entnommen werden, dass das Wohl von E._____ nicht gefährdet sei und der elterliche Konflikt sich insofern stabilisiert habe, als die Eltern in der Lage seien, sich bezüglich des persönlichen Verkehrs einvernehmlich abzusprechen. Gemäss dem Abklärungsbericht sei das Gesuch um Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Einvernehmen mit den Eltern nicht behandelt worden.
- 18.2. Vor diesem Hintergrund erwog die Vorinstanz, der Abklärungsbericht des Regionalen Sozialdienstes F._____ äussere sich umfassend zur Situation von E._____ und zur Beziehung zwischen ihm und seinen Eltern sowie der El-

tern untereinander. Sie war daher der Auffassung, dass der rechtserhebliche Sachverhalt auch hinsichtlich der Frage der gemeinsamen elterlichen Sorge hinreichend abgeklärt worden sei und diesbezüglich eine ausreichende Entscheidungsgrundlage vorliege. Der Kindsvater habe den Antrag auf Erteilung des gemeinsamen Sorgerechts nach Ablauf der einjährigen Frist gemäss der Übergangsregelung von Art. 12 Abs. 4 SchIT ZGB gestellt, so dass diese Regelung keine Anwendung finde. Die Vorinstanz prüfte deshalb, ob die Neuzuteilung der elterlichen Sorge wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse zur Wahrung des Kindeswohls nötig sei (Art. 298d Abs. 1 ZGB; BGer 5A_30/2017) und verneinte dies. Die Vorinstanz führte aus, die Kindsmutter sei in der Lage, die erforderliche Erziehung, Betreuung und Fürsorge zu leisten und die Interessen von E._____ zu wahren. Das grösste Gefährdungspotential sei im chronischen Elternkonflikt auszumachen. Zum Wohl von E._____ sei von zentraler Bedeutung, dass er in den elterlichen Konflikt nicht hineingezogen werde und hinsichtlich seiner Loyalität zu beiden Elternteilen nicht in Bedrängnis gerate. Für ihn sei primär von Interesse, dass er regelmässigen persönlichen Kontakt zu seinem Vater habe. Die Besuchskontakte seien geregelt worden.

19.

19.1. Der Kindsvater wendet dagegen ein, die Vorinstanz habe keine oder nur ungenügende Abklärungen hinsichtlich der gemeinsamen elterlichen Sorge durchgeführt. Die Abklärungen hätten (bloss) auf allenfalls nötige Kindesschutzmassnahmen fokussiert. Ob veränderte Verhältnisse vorlägen und ob das Kindeswohl von E._____ bei der Kindesmutter in jeder Hinsicht gewahrt sei, sei nicht abgeklärt worden. Es habe keine Befragung der Eltern zu diesem Thema und keine Kindesanhörung stattgefunden.

19.2. Der Kindsvater ist sodann der Meinung, die elterliche Sorge sei bislang nie "zuteilt" worden, so dass nicht klar sei, welche Kriterien und Umstände sich verändern müssten, um "via" Art. 298d ZGB die gemeinsame elterliche Sorge zu erhalten.

Veränderte Umstände erblickt der Kindsvater in der Tatsache der Trennung der Kindseltern im August/September 2015, im Konkubinat der Kindsmutter und im Umstand, dass die älteren Kinder des Kindsvaters mittlerweile volljährig geworden seien. Weiter stünden in naher Zukunft immer wieder wesentliche Entscheidungen (Schule, gesundheitliche Versorgung von E._____) an, bei welchen sich der Kindsvater einbringen möchte.

Auf eine Gefährdung des Kindeswohls komme es hingegen nicht an, weil unter dieser Voraussetzung eine "Rückkehr" zur gemeinsamen Sorge in der vorliegenden Konstellation kaum je wieder möglich wäre. Eine solche Auslegung würde dazu führen, dass sich die Verhältnisse beim nichtsorgeberechtigten Elternteil seit dem Wechsel zur Alleinsorge zwar wesentlich zu seinen Gunsten geändert haben möchten, ohne Vorliegen einer ernsthaften Kindeswohlgefährdung beim sorgeberechtigten Elternteil ein Wechsel zur gemeinsamen Sorge je-

doch nicht möglich wäre. Dies könne vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt worden sein. Vorliegend seien im Rahmen des Art. 298d Abs. 1 ZGB neben der Voraussetzung der (hier gegebenen) wesentlichen Änderung der Verhältnisse die Kriterien zur Übertragung der alleinigen Sorge nach Art. 298b Abs. 2 ZGB entsprechend anzuwenden.

- 19.3. Ferner vermutet der Kindsvater – für den Fall, dass dieses Kriterium überhaupt von Belang ist, was er verneint – eine Kindswohlgefährdung und begründet sie mit folgenden Anhaltspunkten: Die Kindsmutter sei Betreiberin einer eigenen Bar und arbeite regelmässig dort, insbesondere am Abend. Das Kind müsse öfters Zeit in dieser nicht kindsgerechten Umgebung verbringen. Zudem habe sich die Kindsmutter einen Kampfhund (Rottweiler) zugelegt, was mit dem Kindswohl nicht bedingt (sic) zu vereinbaren sei. Schliesslich habe die Kindsmutter in der Vergangenheit öfters auch mit psychischen Problemen zu kämpfen gehabt.
20. Die Vorinstanz führte in ihrer Vernehmlassung insbesondere aus, die Abklärungen durch den Regionalen Sozialdienst F._____ seien umfassend erfolgt. Eine zusätzliche Anhörung von E._____ durch die KESB sei nicht angezeigt gewesen.
21. Die Kindsmutter weist in ihrer Stellungnahme auf Schwierigkeiten zwischen den Eltern hin, bestreitet aber psychische Probleme zu haben und hält den vorinstanzlichen Entscheid für richtig.

IV.

22. Unter dem bis 30. Juni 2014 geltenden Recht stand die elterliche Sorge der nicht verheirateten Mutter allein zu. Die Kindsmutter wurde somit auch vorliegend von Gesetzes wegen Inhaberin der alleinigen Sorge über ihren am E._____ 2011 geborenen Sohn E._____. Einer irgendwie gearteten "Zuteilung" – wie dies der Beschwerdeführer vorbringt (siehe oben E. 19.2) – bedurfte es dafür nicht.
23. Auf den 1. Juli 2014 ist die Gesetzesnovelle zur elterlichen Sorge (AS 2014 357 ff.) in Kraft getreten. Gemäss Art. 298b Abs. 1 ZGB kann der nicht sorgeberechtigte Elternteil die Kindesschutzbehörde anrufen, wenn sich der andere Elternteil weigert, die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge abzugeben. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung verfügt die Kindesschutzbehörde die gemeinsame elterliche Sorge, sofern nicht zur Wahrung des Kindeswohls an der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter festzuhalten oder die alleinige elterliche Sorge dem Vater zu übertragen ist. Das unbefristete Antragsrecht des nicht sorgeberechtigten Elternteils gilt nur für ab dem 1. Juli 2014 geborene Kinder. Für Minderjährige, welche vor dem 1. Juli 2014 geboren wurden, hat der Gesetzgeber eine Übergangsfrist von einem Jahr ab Inkrafttreten des Gesetzes eingeräumt und Art. 298b für sinngemäss anwendbar erklärt (Art. 12 Abs. 4 Schlusstitel [SchIT] ZGB). Diese Frist ist am 30. Juni 2015 abgelaufen.

24. Dass der Kindsvater innerhalb der Jahresfrist, d.h. zwischen dem 1. Juli 2014 und dem 30. Juni 2015, um die Erteilung des gemeinsamen Sorgerechts ersucht hätte, geht aus den Akten nicht hervor und wird auch nicht geltend gemacht. Die Voraussetzungen für die Anwendung des neuen, am 1. Juli 2014 in Kraft getretenen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, welches die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall vorsieht, sind folglich nicht erfüllt. Auf Art. 298b ZGB kann sich der Kindsvater deshalb nicht berufen. Diese Bestimmung ist – wie hiervor erwogen – nach Ablauf der einjährigen Übergangsfrist einzig anwendbar, wenn das Kind nach dem Inkrafttreten des revidierten Sorgerechts geboren wurde. Für eine Abänderung des Sorgerechts gegen den Willen eines Elternteils bezüglich früher geborener Kinder kann nach Ablauf der Frist gestützt auf Art. 298d ZGB jedoch jederzeit ein Gesuch um Einräumung der gemeinsamen Sorge gestellt werden, wenn sich die Verhältnisse verändert haben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_266/2017 vom 29. November 2017 E. 8.5.2).
25. Gemäss Art. 298d Abs. 1 ZGB regelt die Kindesschutzbehörde auf Antrag eines Elternteils, des Kindes oder von Amtes wegen die Zuteilung der elterlichen Sorge neu, wenn dies wegen *wesentlicher Änderung der Verhältnisse zur Wahrung des Kindeswohls nötig* ist. In den Anwendungsbereich des Abänderungsverfahrens nach Art. 298d ZGB fällt namentlich der Wechsel von Alleinsorge zur gemeinsamen Sorge (Urteil des Bundesgerichts 5A_30/2017 vom 30. Mai 2017 E. 4.2 ff.).

Im Folgenden werden diese Kriterien geprüft.
- 25.1. Veränderte Verhältnisse
 - 25.1.1. Das Erfordernis einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse zur Wahrung des Kindeswohls gründet darin, dass die Regelung der elterlichen Sorge und der anderen Kinderbelange Entscheidungen sind, welche grundsätzlich auf Dauer ausgerichtet sind. Das Kind ist in seiner Entwicklung auf Sicherheit und Stabilität angewiesen (vgl. BGE 120 II 229 E. 3b.bb). Die Regelung soll Bestand haben und es kann nicht beliebig neu darüber verhandelt werden. Eine Umteilung der elterlichen Sorge soll deshalb nur geschehen, wenn die *Verhältnisse sich wesentlich und dauerhaft geändert* haben. Es kann sich dabei um persönliche, tatsächliche Veränderungen auf Seiten des einen oder anderen Elternteils oder des Kindes handeln. Ob dies vorliegt, muss im Einzelfall beurteilt werden und liegt im Ermessen der KESB. In Anlehnung an aArt. 157 ZGB liegt eine solche z.B. vor bei der Auflösung der bisherigen Lebensgemeinschaft oder Trennung der Eltern, veränderten Erwerbssituationen und damit z.B. veränderten Betreuungsmöglichkeiten, in der nicht vorausgesehenen Entwicklung des Kindes oder in der Notwendigkeit der Fremdunterbringung des Kindes (vgl. AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2016, N 5 zu Art. 298d ZGB).
 - 25.1.2. Dass vorliegend die Trennung der Eltern nach dem 30. Juni 2015 – also nach Ablauf der Übergangsfrist nach Art. 12 Abs. 4 SchIT ZGB – veränderte

Verhältnisse darstellt, wurde von der Vorinstanz bejaht (vgl. E. II.10 des vorinstanzlichen Entscheids, S. 5). Tatsächlich waren die Kindseltern bis im Sommer 2015 ein Paar, das zusammen wohnte und sich wohl auch gemeinsam um das neugeborene Kind kümmerte. Während sich der Kindsvater und sein Sohn vor der Trennung regelmässig sahen, ist der Kontakt zwischen ihnen seit der Trennung naturgemäss eingeschränkt. Während der funktionierenden Beziehung bestand beim Kindsvater offensichtlich noch kein Bedürfnis, das Sorgerecht zu regeln. Im heutigen Zeitpunkt, in welchem die Kindeseltern getrennt leben, stellt sich die Situation anders dar. Eine solche Veränderung der Verhältnisse, die sich mit der Trennung der Kindseltern eingestellt hat, ist grundsätzlich als wesentlich zu betrachten. Das elterliche Zusammenwirken in der Erziehung und Betreuung des Kindes veränderte sich tiefgreifend und wurde dauerhaft auf eine grundlegend neue Basis gestellt.

Der Vater erwähnt weitere Umstände, die sich verändert haben sollen (vgl. Ziff. 19.2). Er führt allerdings nicht aus und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern diesen Umständen in Bezug auf die elterliche Sorge Bedeutung zukommen soll.

25.2. Kindswohl

- 25.2.1. Der Kindsvater geht davon aus, dass die «Gefährdung des Kindeswohls» für die Neuregelung des Sorgerechts kein massgebendes Kriterium ist. Tatsächlich spricht das Gesetz davon, dass die Neuregelung der elterlichen Sorge «zur Wahrung des Kindeswohls nötig» ist. Das Bundesgericht umschreibt diese Voraussetzung wie folgt (Urteil des Bundesgerichts 5A_266/2017 vom 29. November 2017 E. 8.3):

8.3. [...] Eingefügt hat die Norm die ständerätliche Kommission, welche die entsprechende Regelung für (vormals) verheiratete Eltern übernahm (Art. 134 Abs. 1 ZGB; vgl. Ständerat AB 2013 S 12; Zustimmung durch den Nationalrat AB 2013 N 703; vgl. auch Urteil 5A_30/2017 vom 30. Mai 2017 E. 4.2; allgemein zur Entstehungsgeschichte von Art. 298d ZGB vgl. BGE 141 III 472 E. 4.1). Art. 298d Abs. 1 ZGB hat hinsichtlich der Voraussetzungen der Neuzuteilung des Sorgerechts denn auch den fast identischen Wortlaut wie jene Bestimmung. Damit rechtfertigt es sich, für die Auslegung von Art. 298d Abs. 1 ZGB auf die scheidungsrechtliche Regelung abzustellen [m.w.H.].

Gemäss Art. 134 Abs. 1 ZGB ist die Zuteilung der elterlichen Sorge neu zu regeln, wenn dies zum Wohl des Kindes geboten ist. Demnach 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 der Hauptbezugspersonen verbundene Verlust an Kontinuität in der Erziehung und den Lebensumständen (vgl. Urteile 5A_781/2015 vom 14. März 2015 E. 3.2.2, in: SJ 2016 I 377; 5A_29/2013 vom 4. April 2013 E. 2.2, in: FamPra.ch 2013 S. 799; 5A_531/2009 vom 6. November 2009 E. 2, in: FamPra.ch 2010 S. 204; je mit Hinweisen). Die kantonale Behörde hat den

Entscheid über die Neuregelung des Sorgerechts unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen (vgl. Urteil 5A_30/2017 vom 30. Mai 2017 E. 4.2 am Ende). [...].

- 25.2.2. Um die Neuzuteilung des Sorgerechts zu rechtfertigen, muss die Neuregelung somit der Wahrung des Kindeswohls dienen. Mit anderen Worten genügt es bei einem Wechsel von der Alleinsorge eines Elternteils zur gemeinsamen Sorge oder auch zur Alleinsorge des anderen Elternteils nicht, dass eine andere Regelung der elterlichen Sorge ebenfalls mit dem Kindeswohl vereinbar wäre, sondern es ist umgekehrt nötig, dass die bisherige Zuteilung nicht mehr dem Kindeswohl entspricht. Die Umteilung der elterlichen Sorge gemäss Art. 298d ZGB kommt nur dann zum Tragen, wenn das Festhalten an der bisherigen Regelung aufgrund der Veränderung der Verhältnisse zu einer Kindeswohlgefährdung führt, die mit der Neuregelung der Zuteilung behoben werden kann (vgl. zum Ganzen: AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 298d ZGB m.w.H.; SCHWENZER/COTTIER, a.a.O. N. 4 zu Art. 298d ZGB; MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 5. Aufl. 2014, Rz. 525 ff.).
- 25.2.3. Im Unterschied zu Art. 298b ZGB, der die gemeinsame elterliche Sorge im Rahmen der „erstmaligen Regelung“ der elterlichen Sorge bei unverheirateten Paaren oder aber innert der am 30. Juni 2015 abgelaufenen Übergangsfrist gemäss Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB als Regelfall festlegt und davon nur abweichen will, wenn aus Kindeswohlüberlegungen an der alleinigen Sorge festzuhalten ist, ist die Beurteilung bei Art. 298d ZGB bei Vorliegen veränderter Verhältnisse also gerade umgekehrt: Obwohl der Gesetzgeber als Grundsatz die gemeinsame elterliche Sorge vorsieht, muss hier ein Wechsel zur gemeinsamen Sorge aus Gründen der Sicherung des Kindeswohls geboten sein (vgl. AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N 9 zu Art. 298d ZGB).
- 25.2.4. Demzufolge hat die Vorinstanz zu Recht geprüft, ob vorliegend die Beibehaltung der alleinigen elterlichen Sorge durch die Kindsmutter das Kindeswohl von E._____ ernsthaft gefährdet. Sie hat dies verneint.
- 25.2.5. Der Beschwerdeführer moniert, dass dieser Schluss auf einer unvollständigen und unrichtigen Feststellung des entsprechenden Sachverhalts basiert. Weder habe eine Befragung der Eltern noch eine Anhörung des Kindes stattgefunden.
- 25.2.6. Dies trifft allerdings nicht zu. Der mit der Abklärung betraute Sozialarbeiter, Ueli Dällenbach vom Regionalen Sozialdienst F._____, hat u.a. mit beiden Kindeseltern mehrmals gesprochen und auch das Kind befragt (S. 3 des Berichts). Dass die Anhörung nicht durch die KESB erfolgte, sondern durch die von dieser mit der Abklärung betrauten Person, schadet nicht. Denn die Sozial- und Abklärungsdienste sowie der Berufsbeistand, mit welchen die KESB gemäss Art. 22 KESG zusammen arbeitet, sind auf Anordnung der KESB verpflichtet, Sachverhaltsabklärungen gemäss Art. 446 Abs. 2 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB vorzunehmen. Zwar ist letztlich die KESB für die Feststellung des Sachverhalts verantwortlich, doch würde die Delegationsmöglichkeit keinen Sinn machen, wenn

die KESB trotzdem einen wesentlichen Teil der Abklärungen selber durchführen müsste. Die KESB muss die ihr zugetragenen Abklärungsergebnisse mit der gebotenen Verantwortung kritisch würdigen und hinterfragen (AUER/MARTI, Basler Kommentar, 5. Aufl. 2014, N 30 zu Art. 446 ZGB). Vorliegend war, was E._____ betrifft, eine neuerliche Befragung durch die Behörde zur Klärung des Sachverhalts aufgrund des ausführlichen Berichts vom 11. September 2017 nicht nötig und angesichts seines Loyalitätskonflikts auch zum Schutz von E._____ nicht angezeigt. Die Eltern ihrerseits hatten die Gelegenheit, sich im vorinstanzlichen Verfahren vernehmen zu lassen und haben dieses Recht auch wahrgenommen.

- 25.2.7. Die Vorinstanz stützte sich massgeblich auf den ausführlichen Abklärungsbericht vom 11. September 2017 ab. Der abklärende Sozialarbeiter gab die Lebensgeschichte beider Eltern, diejenige des Kindes aus Sicht beider Eltern und des Kindes wieder, thematisierte die psychische und physische Verfassung der Eltern, die verwandtschaftlichen Strukturen und die Wohnverhältnisse. Er holte eine Einschätzung der Situation durch die frühere und die aktuelle Kindergärtnerin von E._____ ein. Damit wurde der massgebliche Sachverhalt umfassend und rechtsgenüglich abgeklärt.
- 25.2.8. Der Bericht kommt zum Schluss, dass E._____ nicht gefährdet ist (S. 9 und 11). Er ist bei der Mutter sehr gut aufgehoben, wird gefördert und gefordert. Die Eltern sind sich grundsätzlich darüber einig, dass E._____ ein Recht auf beide Elternteile hat und sind wieder in der Lage, die Besuchszeiten zu planen und über wesentliche Dinge, die E._____ betreffen, zu kommunizieren (S. 10 und 11). Die Eltern erklärten sich mit dem Bericht einverstanden. Dass er nicht korrekt sei, wird auch in der Beschwerde nicht behauptet.
- 25.2.9. Eine mögliche Gefährdung des Kindes ortet der Kindsvater in der Beschwerde trotzdem, und zwar im Aufenthalt des Kindes in der Bar seiner Mutter, in der Nähe eines Kampfhundes und in allfälligen psychischen Problemen der Kindesmutter. Diese Vermutungen stehen allerdings im Widerspruch zum Abklärungsbericht, welcher sowohl die Arbeitssituation der Kindsmutter und deren physische und psychische Verfassung thematisiert und darin keine Gefährdung ausmacht (vgl. S. 7). Was den Kampfhund betrifft, so darf man davon ausgehen, dass die verantwortungsvolle Mutter dafür besorgt ist, keine gefährliche Situation entstehen zu lassen.
26. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Festhalten an der alleinigen elterlichen Sorge der Kindsmutter bei Bejahung der Veränderung der Verhältnisse zu keiner Kindeswohlgefährdung führt, weshalb vorliegend eine Neuregelung der Zuteilung nicht angezeigt ist. Eine Neuregelung der elterlichen Sorge liegt auch mit Blick auf die Wahrung stabiler Lebensverhältnisse nicht im Kindesinteresse.
27. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

V.

28. Die Kindsmutter hat Anspruch auf den Ersatz ihrer durch das Verfahren entstandenen Parteikosten durch den unterliegenden Beschwerdeführer (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Weil die Einbringlichkeit der Parteientschädigung nicht von vornherein feststeht, ist zu prüfen, ob das Gesuch der Kindsmutter um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen ist.
- 29.
- 29.1. 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).
- 29.2. Die materielle Voraussetzung der unentgeltlichen Rechtspflege ist erfüllt, nachdem die Kindsmutter sich auf den Entscheid der Vorinstanz beruft und im Beschwerdeverfahren obsiegt. Sie war ausserdem einlassungspflichtig. Der Beizug eines Anwalts war geboten, zumal der Kindsvater ebenfalls anwaltlich vertreten ist.
- 29.3. Zu prüfen ist, ob die Kindsmutter prozessarm ist. Sie beziffert ihr aktuelles Nettoeinkommen auf CHF 2'934.40. Die Kinderunterhaltsbeiträge für E. _____ betragen gemäss der Trennungsvereinbarung vom 23. Mai 2017 CHF 750.00 pro Monat. Weiter macht die Kindsmutter einen Zwangsbedarf von CHF 4'215.00 geltend (Grundbetrag: CHF 1'350.00, Grundbetrag Sohn E. _____: CHF 400.00, 30% zivilprozessualer Zuschlag: CHF 525.00, Mietzins: CHF 1'500.00, Krankenkassenprämie: CHF 394.60, Krankenkassenprämie E. _____: CHF 45.40).
- 29.4. Der Kindsvater stellt in seiner Stellungnahme vom 26. Juli 2018 die Prozessarmut der Kindsmutter nicht grundsätzlich in Frage. Er erklärt aber, die Ausführungen der Kindsmutter seien dahingehend zu ergänzen, dass sie für ihre weiteren Kinder Noelia und Leonie mutmasslich ebenfalls Unterhaltsbeiträge erhalte. Im Jahr 2015 seien dies insgesamt CHF 16'484.00 gewesen. Weiter sei unerwähnt geblieben, dass die Kindsmutter einen Lebenspartner habe, der sich ebenfalls an den Wohn- und Lebenskosten der Kindsmutter (Grundbetrag und Miete) beteilige.
- 29.5. Gemäss BGE 115 Ia 325 E. 3b sind die Kinderunterhaltsbeiträge und Kinderzulagen bei der Bestimmung der Bedürftigkeit eines Elternteils nicht zum Einkommen hinzuzuzählen. Es handelt sich bei diesen Beiträgen um gebundene Mittel, welche dem sorgeberechtigten Elternteil nicht dazu dienen dürfen, eigene Schulden zu decken oder den eigenen Lebensstandard zu erhöhen. Im Gegen-

zug sind bei der Bestimmung des Zwangsbedarfs die Kinderzuschläge und weitere kinderbezogene Kosten, einschliesslich eines Anteils an den Wohnkosten, ausser Acht zu lassen. In seinem Urteil 4A_231/2008 vom 27. Juni 2008 E. 4.2. schützte das Bundesgericht dagegen einen Entscheid, bei dem die Kinderzulagen zum Einkommen hinzugerechnet wurden, weil im Gegenzug auch Kindergrundbeträge sowie allfällige besondere Ausbildungskosten bei den Auslagen berücksichtigt wurden.

- 29.6. Mit Blick auf die Erwägung hiavor (E. 29.5) müssen vorliegend die Unterhaltsbeiträge für die zwei Töchter der Kindsmutter bei der Bestimmung ihres Zwangsbedarfs ausser Acht gelassen werden, zumal keine entsprechenden Kinderzuschläge oder andere, diese Kinder betreffenden Kosten berücksichtigt werden. Sodann ist anhand der eingereichten Belege Folgendes ersichtlich: Auch ohne Berücksichtigung der Unterhaltsbeiträge für E._____ resp. der ihn betreffenden Kosten sowie bei Anrechnung eines aufgrund des Konkubinats reduzierten Grundbetrags und Mietzinses (Grundbetrag: rund CHF 1'200.00, Mietzins: höchstens CHF 750.00; vgl. Ziff. I und Ziff. II/1 der Beilage 1 zum Kreisschreiben Nr. B1 der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern vom 1. Januar 2011) vermag die Kindsmutter ihr Existenzminimum nicht bzw. nur knapp zu decken. Die finanzielle Bedürftigkeit der Kindsmutter ist somit gegeben. Ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist somit gutzuheissen und es ist ihr antragsgemäss Rechtsanwalt D._____ als amtlicher Anwalt beizuordnen.

VI.

30. Bei der Frage um Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge handelt es sich nicht um Kindesschutzmassnahmen, so dass keine Ausnahme von der Kostenpflicht gemäss Art. 70 Abs. 3 Bst. d KESG vorliegt. Angesichts des Verfahrensausgangs hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die gestützt auf Art. 46 Abs. 2 i.V.m. Art. 51 Bst. a des Verfahrenskostendekrets (VKD; BSG 161.12) oberinstanzlichen Verfahrenskosten werden auf CHF 800.00 bestimmt und dem Beschwerdeführer auferlegt und den von ihm geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.
31. Für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 112 Abs. 1 VRPG).
32. Der unterliegende Beschwerdeführer hat der Kindsmutter die oberinstanzlichen Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).
- 32.1. Gemäss Art. 11 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes (PKV, BSG 168.811) beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren zwischen CHF 400.00 und CHF 11'800.00. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand und der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetz, KAG, BSG 168.11). Rechtsanwalt

D._____ macht gemäss Honorarnote vom 24. September 2018 eine volle Parteientschädigung von CHF 2'680.65 (Honorar CHF 2'375.00, zuzüglich Auslagen von CHF 114.00 und MWSt von gerundet CHF 191.65) unter Angabe eines Zeitaufwands von 9.5 Stunden à CHF 250.00 geltend. Der geltend gemachte Aufwand erscheint für die getätigten Arbeiten (Aktenstudium, Stellungnahme zur Beschwerde, Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege) unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Anwalt im vorherigen Verfahren nicht beteiligt war, geboten und das verlangte Honorar entsprechend angemessen.

- 32.2. Für den Fall der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung wird das amtliche Honorar von Rechtsanwalt D._____ gestützt auf seine Honorarnote sowie in Anwendung von Art. 42 Abs. 1 i.V.m. 41 KAG und Art. 11 Abs. 1 PKV sowie Art. 1 der Verordnung über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte (EAV; BSG 168.711) wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		9.50	200.00	CHF	1'900.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	114.00
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	2'014.00	CHF	155.10
Auslagen ohne MWST				CHF	0.00
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	2'169.10
volles Honorar				CHF	2'375.00
Auslagen MWSt-pflichtig				CHF	114.00
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	2'489.00	CHF	191.65
Auslagen ohne MWSt				CHF	0.00
Total				CHF	2'680.65
nachforderbarer Betrag				CHF	511.55

- 32.3. Im Umfang der allfälligen Zahlung dieses amtlichen Honorars geht der Anspruch auf den Kanton Bern über (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 ZPO analog). Subsidiär dazu hat die Kindsmutter dem Kanton Bern das ausgerichtete amtliche Honorar zurückzuzahlen, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 113 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 123 Abs. 1 ZPO). Schliesslich hat unter den gleichen Voraussetzungen die Kindsmutter Rechtsanwalt D._____ die Differenz zwischen dem amtlichen und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 113 Abs. 1 VRPG, Art. 123 ZPO und Art. 42a Abs. 2 KAG).
33. Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 3 VRPG).

Das Gericht entscheidet:

1. Es wird festgestellt, dass Dispositiv-Ziffer 1 des Entscheids der KESB Mittelland Süd vom 20. März 2018 unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Das Gesuch der Kindsmutter um unentgeltliche Rechtspflege (KES 18 502) wird gutgeheissen, unter Beiordnung von Rechtsanwalt D. _____ als amtlicher Anwalt.
4. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 800.00, werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss gleicher Höhe verrechnet.
5. Für das Gesuch der Kindsmutter um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Verfahrenskosten erhoben.
6. Der Beschwerdeführer wird verurteilt, der Kindsmutter deren Parteikosten, bestimmt auf CHF 2'680.65 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen. Für den Fall der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung wird das amtliche Honorar von Rechtsanwalt D. _____ wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		9.50	200.00	CHF	1'900.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	114.00
Mehrwertsteuer 7.7%	auf CHF		2'014.00	CHF	155.10
Auslagen ohne MWST				CHF	0.00
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	2'169.10
volles Honorar				CHF	2'375.00
Auslagen MWSt-pflichtig				CHF	114.00
Mehrwertsteuer 7.7%	auf CHF		2'489.00	CHF	191.65
Auslagen ohne MWSt				CHF	0.00
Total				CHF	2'680.65
nachforderbarer Betrag				CHF	511.55

7. Im Umfang der allfälligen Zahlung dieses amtlichen Honorars geht der Anspruch auf den Kanton Bern über. Subsidiär dazu hat die Kindsmutter dem Kanton Bern das ausgerichtete amtliche Honorar zurückzuzahlen, sobald sie dazu in der Lage ist. Schliesslich hat unter den gleichen Voraussetzungen die Kindsmutter Rechtsanwalt D. _____ die Differenz zwischen dem amtlichen und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald sie dazu in der Lage ist.
8. Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz.
9. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
 - der Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt D. _____

- der Vorinstanz

Mitzuteilen:

- dem Kantonalen Jugendamt, Gerechtigkeitsgasse 81, 3011 Bern

Bern, 2. Oktober 2018
(Ausfertigung: 3.10.2018)

Im Namen des Kindes- und
Erwachsenenschutzgerichts

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

Die Gerichtsschreiberin:

Miescher

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 Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.