

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 19 286 (Hauptverfahren)
KES 19 288 (Gesuch uR Beschwerdeführerin)

Bern, 29. Oktober 2019

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter Hurni und Oberrichter D. Bähler
Gerichtsschreiberin Brütsch

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwältin B. _____
Beschwerdeführerin / Gesuchstellerin uR-Verfahren

C. _____
Beschwerdegegner / Gesuchsgegner im uR-Verfahren

gegen

**Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Oberland
Ost**, Schloss 11, Postfach, 3800 Interlaken
Vorinstanz

Gegenstand

Entziehung elterliche Sorge

Beschwerde gegen den Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Oberland Ost vom 18. März 2019
(Referenz: 11476465/2016-2015)

Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 18. April 2019



Regeste:

Rechtliches Gehör; Zustellung von Verfügungen der KESB ins Ausland mit gewöhnlicher Post

Gestützt auf das Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen (HZUe65; SR 0.274.131) sowie gestützt auf die Regelungen des Haager Kindesschutzübereinkommens (HKsÜ; SR 0.211.231.011) stellt die direkte postalische Zustellung eines gerichtlichen Schriftstücks aus der Schweiz nach Deutschland einen Eröffnungsmangel dar, der grundsätzlich zur Nichtigkeit dieser und darauf folgender Verfahrenshandlungen führt. Die Annahme der Nichtigkeit rechtfertigt sich dort nicht, wo die betroffene Person über die Streitsache informiert war und konkret die Möglichkeit hatte, am Verfahren teilzunehmen und ihre Rechte wahrzunehmen (E. 4).

Obwohl vorliegend die KESB und damit eine Verwaltungsbehörde handelte, ist eine Zivilsache betroffen, womit sich die Zustellung nach den erwähnten Übereinkommen richtet (s. die Hinweise in der Wegleitung des Bundesamts für Justiz, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, 3. Aufl. 2003 [Stand Januar 2013], S. 5) (E. 5.1).

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.

1.1 D._____ (geb. am _____) ist die Tochter von A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin oder Kindsmutter) und C._____ (nachfolgend: Beschwerdegegner oder Kindsvater). Die Eltern deutscher Staatsangehörigkeit waren nie miteinander verheiratet und leben seit März 2016 getrennt. Der Beschwerdegegner hat das Kind noch vor der Geburt anerkannt und es steht unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Eltern.

1.2 Die Beziehung zwischen den Kindseltern war seit jeher konfliktbehaftet (s. bspw. die polizeiliche Vorgeschichte auf S. 2 der Gefährdungsmeldung vom 4. Mai 2018 in den Vorakten der Vorinstanz, Lasche 8). Seit der Auflösung des gemeinsamen Haushalts 2016 steht das gemeinsame Kind unter der alleinigen Obhut der Beschwerdeführerin. Die Kindsmutter und das Kind sind in E._____ BE wohnhaft. Der Kindsvater nahm vorerst Wohnsitz in F._____, später in G._____ BE.

1.3 Nach der Auflösung des gemeinsamen Haushalts 2016 hat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Oberland Ost (nachfolgend: Vorinstanz) für das Kind eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet, die in der darauffolgenden Zeit mehrere Anpassungen / Erweiterungen erfuhr. Mit Kammerent-

scheid vom 2. Mai 2017 regelte die Vorinstanz auch den persönlichen Verkehr zwischen dem Kindsvater und seiner Tochter (s. zum ganzen Sachverhalt den angefochtenen Entscheid vom 18. März 2019 in den Verfahrensakten der Vorinstanz, Lasche 2).

- 1.4 Am 26. November 2017 beantragte die Beschwerdeführerin die Neuzuteilung der elterlichen Sorge an sich und die Neuregelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Kind und dem Kindsvater. In der Folge wurde das Besuchsrecht mehrmals angepasst und mit Entscheid der Vorinstanz vom 15. Mai 2018 auf alle 2 Wochen stattfindende, begleitete Besuche festgelegt. Zusätzlich hat die Vorinstanz dem Beschwerdegegner aufgrund diverser Vorkommnisse die Weisung erlassen, Drohungen und Beschimpfungen gegenüber der Beschwerdeführerin und der Beiständin zu unterlassen. Ein Entscheid über die Neuregelung der elterlichen Sorge erging vorerst nicht.
- 1.5 Mit Verfügung vom 2. Mai 2018 ordnete das Regionalgericht Oberland gegen den Beschwerdegegner superprovisorische vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 28b ZGB an und verfügte verschiedene Annäherungs-, Orts- sowie ein Kontaktverbot gegenüber der Beschwerdeführerin und der gemeinsamen Tochter (Verfahren CIV 18 1334; Entscheid bestätigt am 4. Juni 2018). Die daraufhin erhobene Prosequierungsklage der Beschwerdeführerin wurde am 29. Mai 2019 vom Regionalgericht Oberland gutgeheissen. Die entsprechenden Verbote wurden unbefristet ausgesprochen (s. Beschwerdebeilage 16).
- 1.6 Mit Verfügung vom 3. Mai 2018 entzog die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Amt für Migration und Personenstand (MIP) dem Beschwerdegegner die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA und wies ihn per 18. September 2018 nach Deutschland aus. Zudem wurde ihm ein einjähriges Einreiseverbot auferlegt.
- 1.7 Mit Entscheid vom 18. März 2019 befand die Vorinstanz, was folgt:
 1. *Der Antrag von A._____, um Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge und Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge für ihre Tochter, D._____, wird abgewiesen.*
 2. *Der persönliche Verkehr zwischen dem Vater, C._____, und seiner Tochter, D._____, wird wie folgt geregelt:*
 - a) *dem Vater stehen wöchentliche Telefongespräche mit D._____ zu;*
 - b) *die Telefongespräche erfolgen im Regelfall am Dienstag oder Freitag, in Absprache zwischen den Eltern.*
 3. *C._____ wird gestützt auf Art. 273 Abs. 2 ZGB die Weisung erteilt, während den Telefongesprächen mit D._____ jegliche negativen Äusserungen betreffend die Mutter oder Drittpersonen zu unterlassen.*
 4. *Die bestehende Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB wird um Art. 308 Abs. 1 ZGB erweitert und die Aufgaben der Beistandsperson werden angepasst und lauten neu wie folgt:*
 - a) *die Eltern darin zu unterstützen, einander über wichtige Kinderbelange ausreichend zu informieren;*

- b) *die Eltern bei der Erarbeitung einer sowohl auf die Bedürfnisse von D._____, als auch derjenigen der Eltern zugeschnittenen Besuchsrechtsregelung zu unterstützen;*
 - c) *nötigenfalls Antrag zur Regelung des Besuchsrechts bei der KESB einzureichen;*
 - d) *den persönlichen Verkehr zwischen D._____ und ihrem Vater zu überwachen und bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern zu vermitteln.*
5. *Im Zusammenhang mit dem Verfahren betreffend Kindesschutzmassnahmen werden keine Verfahrenskosten erhoben. Die Verfahrenskosten betreffend Zuteilung der elterlichen Sorge, bestimmt auf CHF 200.00, werden der Kindsmutter auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft mit separater Post in Rechnung gestellt.*

2.

2.1 Mit Schreiben vom 18. April 2019 (Postaufgabe gleichentags) reichte die Beschwerdeführerin beim Kindes- und Erwachsenenschutzgericht eine Beschwerde mit folgenden Anträgen ein (pag. 1 ff.):

- 1. *Ziff. III/1 des Entscheides der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Oberland Ost vom 18. März 2019 sei aufzuheben und das gemeinsame Kind D._____ unter die alleinige elterliche Sorge der Beschwerdeführerin zu stellen.*
- 2. *Ziff. III/5 des Entscheides der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Oberland Ost vom 18. März 2019 sei aufzuheben und die Verfahrenskosten betreffend Zuteilung der elterlichen Sorge seien dem Beschwerdegegner aufzuerlegen.*
- 3. **Eventualiter:**
Die Sache sei an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen

-alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge-

2.2 Gleichzeitig stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Verfahrensakten KES 19 288, pag. 1ff.).

2.3 Mit Verfügung vom 23. April 2019 forderte die Instruktionsrichterin den Beschwerdegegner unter anderem auf, ein Zustelldomizil in der Schweiz zu bezeichnen, andernfalls weitere gerichtliche Zustellungen durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Bern erfolgen würden (pag. 25). Die genannte Verfügung inkl. der Beschwerde und dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wurden dem Beschwerdegegner rechtshilfweise zugestellt (pag. 35 ff.).

2.4 Mit Schreiben vom 30. April 2019 hielt die Vorinstanz an ihrem Entscheid vom 19. (recte: 18.) März 2019 fest und beantragte, die Beschwerde der Beschwerdeführerin sei kostenfällig abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (pag. 31).

2.5 Mit Zustellzeugnis vom 12. August 2019 (eingegangen beim Gericht am 26. August 2019) bestätigte das Amtsgericht H._____, dass die Verfügung vom 23. April 2019 inkl. Beilagen am 6. Juni 2019 an den Beschwerdegegner persönlich zugestellt worden sei (pag. 47).

2.6 Mit Verfügung vom 27. August 2019 stellte die Instruktionsrichterin fest, dass der Beschwerdegegner keine Stellungnahme eingereicht und kein Zustelldomizil bezeichnet habe und die weiteren Zustellungen durch Publikation im kantonalen

Amtsblatt erfolgen würden (pag. 75). Die Verfügung wurde im Amtsblatt vom 18. September 2019 publiziert (pag. 99).

II. Formelles

3.

- 3.1 Für die Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Entscheid 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]).
- 3.2 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).
- 3.3 Die Beschwerdeführerin 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.
- 3.4 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.
- 3.5 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]).
- 3.6 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.

4.

- 4.1 Schwere Verfahrensmängel bewirken die Nichtigkeit eines Entscheides oder einer Verfügung. Dieser Umstand ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden unabhängig von den Parteivorbringen und von Amtes wegen zu beachten (BGE 129 I 361 E. 2 S. 363 m.w.H.).
- 4.2 Die Zustellung eines amtlichen Dokuments im Ausland – wozu auch gerichtliche und aussergerichtliche Verfügungen und Entscheide gehören – stellt gemäss der Rechtsprechung einen staatlichen Hoheitsakt dar, der geeignet ist, die Souveränität bzw. die Gebietshoheit des betroffenen Staates zu verletzen und damit gegen Völkerrecht zu verstossen (s. statt vieler das Urteil des Bundesgerichts 2C_478/2017 vom 9. April 2018 E. 4.1, s. auch Bundesamt für Justiz, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Wegleitung, 3. Aufl. 2003 [Stand Januar 2013], nachfolgend: Wegleitung des BJ, S. 2, abrufbar unter <https://www.rhf.admin.ch>).

- 4.3 Im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen kommt das Haager Übereinkommen vom 15.11.1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen (HZUe65; SR 0.274.131) zur Anwendung. Als „gerichtliches Schriftstück“ gilt jedes Dokument, das sich auf ein Streitverfahren, ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder auf eine Zwangsvollstreckung an den Vermögenswerten eines Schuldners bezieht. Die „aussergerichtlichen Schriftstücke“ umfassen die Dokumente, die dazu bestimmt sind, ausserhalb eines Gerichtsverfahrens Rechtswirkungen zu entfalten (Wegleitung des BJ, S. 6, Ziff. II.B.). Gerichtliche und aussergerichtliche Schriftstücke sind grundsätzlich durch Vermittlung der von jedem Vertragsstaat zu bestimmenden zentralen Behörde zuzustellen (Art. 2 bis 6 HZUe65). Unter dem Vorbehalt, dass der Bestimmungsstaat keinen Widerspruch erklärt, sieht Art. 10 des genannten Übereinkommens vor, dass gerichtliche Schriftstücke unter anderem auch unmittelbar durch die Post übersandt werden dürfen (Bst. a). Wie die Schweiz (in Ziff. 5 ihrer Vorbehalte) hat Deutschland indessen (in Ziff. 4 Abs. 2 seiner Vorbehalte) ausdrücklich erklärt, dass eine Zustellung nach Art. 10 des Übereinkommens nicht stattfindet (s. die Hinweise in BGE 131 III 448 E. 2.2.1. S. 449; s. auch den Rechtshilfeführer auf der Internetseite des Bundesamtes für Justiz, Internationale Rechtshilfe [www.rhf.admin.ch]). Gemäss der Wegleitung des BJ wird hingegen zugestanden, dass der Rechtshilfeweg nicht unbedingt beschritten werden muss, sofern die entsprechende Urkunde keine Rechtswirkungen gegenüber dem Empfänger entfaltet oder entfalten kann (Wegleitung des BJ, S. 6, Ziff. II.B.). Eine direkte postalische Zustellung, die nicht auf einer völkerrechtlichen Vertragsgrundlage beruht oder dem innerstaatlichen Recht des Empfängerstaates zuwiderläuft, ist jedoch grundsätzlich völkerrechtswidrig und begründet damit im Lichte des Völkerrechts einen Eröffnungsmangel.
- 4.4 Das HZUe65 enthält keine Regelungen zu den Rechtsfolgen einer mangelhaften Zustellung. Das Bundesgericht hielt mit Bezug auf die nicht ordnungsgemässe Postzustellung eines ausländischen verfahrenseinleitenden Schriftstückes an den Beklagten in der Schweiz hingegen fest, dass solche Zustellungen auf dem direkten Postweg an den Empfänger nach Ansicht der schweizerischen Behörden die Souveränität des Zustellungsstaates verletzen und daher grundsätzlich keinerlei Wirkungen entfalten bzw. nichtig sind. Der international anerkannte Mindeststandard verlangt hingegen, dass zumindest das verfahrenseinleitende Schriftstück nach den anwendbaren Regeln über die Rechtshilfe zu erfolgen hat, damit die beklagte Partei über die Streitigkeit informiert ist (BGE 135 III 623 E. 2.2 S. 626 und E. 3.5; s. auch Urteil des Bundesgerichts 5A_389/2010 vom 29. Oktober 2010 E. 3.2.2).
- 4.5 Zwischen Deutschland und der Schweiz sind zusätzlich die Regelungen des Haager Kindesschutzübereinkommens (HKsÜ; SR 0.211.231.011) zu beachten. Gemäss Art. 23 Abs. 1 HKsÜ werden die von den Behörden eines Vertragsstaats getroffenen Massnahmen kraft Gesetzes in den anderen Vertragsstaaten aner-

kannt. Die Anerkennung kann u.a. dann versagt werden, wenn eine Massnahme die elterliche Verantwortung beeinträchtigt und getroffen wurde, ohne dass dieser Person die Möglichkeit eingeräumt worden war, gehört zu werden (Art. 23 Abs. 1 Bst. c HKsÜ).

- 4.6 Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass die direkte postalische Zustellung einer gerichtlichen Sendung aus der Schweiz nach Deutschland einen Eröffnungsmangel darstellt, der grundsätzlich zur Nichtigkeit dieser und darauf folgenden Verfahrenshandlungen führt. Die Annahme der Nichtigkeit rechtfertigt sich hingegen dort nicht, wo die betroffene Person über die Streitsache informiert war und konkret die Möglichkeit hatte, am Verfahren teilzunehmen und ihre Rechte wahrzunehmen.

5.

- 5.1 Obwohl vorliegend die KESB und damit eine Verwaltungsbehörde handelt, ist eine Zivilsache betroffen, womit sich die Zustellung nach dem erwähnten HZUe65 richtet (s. die Hinweise in der Wegleitung des BJ, S. 5). Zudem stellen die streitigen Verfügungen sowie insbesondere der angefochtene Entscheid selbst gerichtliche Sendungen dar, die ohne weiteres in den Anwendungsbereich des HZUe65 fallen.
- 5.2 Die Durchsicht der vorinstanzlichen Verfahrensakten ergibt, dass die Vorinstanz die Verfügung an den Beschwerdegegner zur Gewährung des rechtlichen Gehörs zu diversen Anträgen und Eingaben der Beschwerdeführerin (wiederholter Antrag um Neuregelung der elterlichen Sorge und persönlichen Verkehr des Beschwerdegegners mit dem gemeinsamen Kind vom 9. November 2018) sowie die Verfügung mit den Anträgen der Beiständin betreffend Erweiterung der Beistandschaft und Weisungen vom 14. Dezember 2018 zunächst an eine bei der Einwohnerkontrolle in Erfahrung gebrachte Adresse in Deutschland versandt hat. Die genannten Verfügungen wurden der Vorinstanz aus Deutschland mit dem Vermerk, dass der Beschwerdegegner an der aufgeführten Adresse nicht habe ermittelt werden können, retourniert. Auch in den Akten sind diverse Hinweise enthalten, dass den Verfahrensbeteiligten vorerst nicht klar war, wo der Beschwerdegegner nach seiner Ausweisung wohnhaft war. Die Vorinstanz hat ihre behördlichen Sendungen (inkl. den angefochtenen Entscheid vom 18. März 2019 selbst) jedoch auch nach Bekanntwerden der genauen Adresse des Beschwerdegegners in Deutschland (was gestützt auf eine E-Mail der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin spätestens am 7. Februar 2019 der Fall war; s. Vorakten der Vorinstanz, Lasche 8), mit gewöhnlicher (eingeschriebener) Post versandt. Dass der Beschwerdegegner von der Vorinstanz aufgefordert worden wäre, ein Zustelldomizil in der Schweiz zu bezeichnen (Art. 44 Abs. 5 Bst. a VRPG), ist nicht ersichtlich. Durch die postalische Zustellung ist gestützt auf die obenstehenden Ausführungen ohne weiteres von einem Eröffnungsmangel auszugehen. Stellt sich die Frage nach den Folgen dieser mangelhaften Zustellung.

- 5.3 Für die Beurteilung der Rechtsfolgen des Eröffnungsmangels ist zwischen den verschiedenen, parallel laufenden Verfahren zu differenzieren:
- 5.4 Das Verfahren auf Neuzuteilung der elterlichen Sorge (Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheids) ist bei der Vorinstanz gestützt auf ein Gesuch der Beschwerdeführerin seit dem 26. November 2017 hängig (s. das Gesuch in den Vorakten der Vorinstanz, Lasche 8). Zu jenem Zeitpunkt hat sich der Beschwerdegegner noch in der Schweiz befunden. Mit Schreiben der Vorinstanz vom 5. Dezember 2017 wurde den Parteien zum Antrag auf Neuzuteilung der elterlichen Sorge das rechtliche Gehör gewährt. Ergänzend dazu fand am 8. Mai 2018 eine persönliche Anhörung mit beiden Kindseltern statt. Der Beschwerdegegner hatte somit mehrmals und ausreichend die Möglichkeit, sich im Verfahren zu äussern und seine Sicht der Dinge zu diesem Antrag einzubringen. Dass sich das Verfahren zeitlich hingezogen und die Vorinstanz ihren Entscheid erst am 18. März 2019 gefällt hat, vermag daran nichts zu ändern. Der Beschwerdegegner musste auch nach seiner Wegweisung nach Deutschland damit rechnen, dass die Vorinstanz einen Entscheid in der Sache trifft. Von einem schweren Verfahrensmangel mit Nichtigkeitsfolge kann keine Rede sein. Entscheidend ist zudem, dass die Vorinstanz die Streitsache – anders als bei den übrigen Anträgen der Kindsmutter und der Beiständin (dazu sogleich) – zugunsten des Beschwerdegegners entschieden hat (keine Neuzuteilung der elterlichen Sorge; keine Kostenfolgen). Der Beschwerdegegner ist durch den angefochtenen Entscheid nicht beschwert und hat den Entscheid auch nachgewiesenermassen erhalten (s. den Rückschein vom 1. April 2019 in den Vorakten der Vorinstanz, Lasche 2).

Dem Gesagten zufolge liegt betreffend das Verfahren auf Neuzuteilung der elterlichen Sorge kein schwerer Verfahrensmangel vor. Die Feststellung der Nichtigkeit und die Rückweisung an die Vorinstanz wären nicht gerechtfertigt. Hinzu kommt, dass eine Rückweisung an die Vorinstanz zu einem prozessualen Leerlauf und zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die es gerade in Verfahren um Kinderbelange möglichst zu vermeiden gilt. Auf das Rechtsbegehren Ziff. 1 der Beschwerdeführerin ist somit in materieller Hinsicht einzugehen (sogleich, Ziff. III.6).

- 5.5 Anders präsentiert sich die Lage betreffend die Erweiterung der Beistandschaft, die an den Beschwerdegegner ergangenen Weisung sowie betreffend die Neuregelung des persönlichen Verkehrs (Dispositivziffern 2, 3 und 4 des vorinstanzlichen Entscheids). Die entsprechenden Verfahren wurden seitens der Beschwerdeführerin und der Beiständin erst zu einem Zeitpunkt anhängig gemacht, in dem der Beschwerdegegner bereits nach Deutschland ausgewiesen worden war (s. das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 5. November 2018 sowie dasjenige der Beiständin vom 12. Dezember 2018). Die Gewährung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz erfolgte mit gewöhnlicher Post und es ergibt sich nicht aus den Akten, ob der Beschwerdegegner die genannten behördlichen Sendungen überhaupt erhalten hat. Ein entsprechender Zustellnachweis seitens der Vorinstanz fehlt. Das an den Beschwerdegegner gerichtete Schreiben vom 14. Dezember

2018 (inkl. der Schreiben vom 9. November und vom 12. Dezember 2018) wurde von einer anderen Person entgegengenommen (die Unterschrift auf dem Rückschein vom 12. Februar 2019 stammt nicht vom Beschwerdegegner). Zudem hat sich der Beschwerdegegner in der zwischen der Vorinstanz und ihm elektronisch geführten Korrespondenz (Vorakten der Vorinstanz, Lasche 8) stets auf den Standpunkt gestellt, entweder nichts oder Schreiben mit abweichendem Inhalt erhalten zu haben (s. die aktenkundigen E-Mails vom 21. Februar und vom 1. März 2019). Von einer Einlassung auf das Verfahren kann keine Rede sein. Da die getroffenen Anordnungen zudem zuungunsten des Beschwerdegegners ausgefallen sind und er keine Möglichkeit hatte, am Verfahren teilzunehmen, liegt ein schwerer Verfahrensmangel vor, der keiner Heilung zugänglich ist. Das Gericht sieht sich daher gehalten, die Nichtigkeit der Dispositivziffern 2-4 des vorinstanzlichen Entscheids festzustellen. Die Vorinstanz wird dem Beschwerdegegner das rechtliche Gehör auf dem Rechtshilfeweg zu gewähren haben. Auch die diesbezügliche Entscheideröffnung wird auf rechtswirksame Weise erfolgen müssen.

III. Materielles

6.

- 6.1 Gestützt auf die obigen Feststellungen ist auf die Zuteilung der elterlichen Sorge in materieller Hinsicht einzugehen. Der diesbezügliche Sachverhalt ist liquide und die Sache spruchreif. Aufgrund der klaren Sach- und Rechtslage sieht sich die Rechtsmittelinstanz in der Lage, einen reformatorischen Entscheid zu fällen.
- 6.2 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.
- 6.3 Voraussetzung für die Umteilung der elterlichen Sorge bzw. die Aufhebung des gemeinsamen Sorgerechts ist, dass eine Neuregelung wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist. Weil aber stabile Lebensverhältnisse im Interesse des Kindes liegen, genügt einerseits nicht jede Veränderung, insbesondere nicht jede Uneinigkeit der Eltern in Bezug auf Kinderbelange; die gemeinsame elterliche Sorge kann nicht einfach gekündigt werden. Andererseits gelten auch nicht die gleich strengen Voraussetzungen wie beim Entzug der elterlichen Sorge. Notwendig, aber auch ausreichend ist, dass die wesentlichen Grundlagen für eine gemeinsame Elternverantwortung nicht mehr vorhanden sind, sodass das Kindeswohl eine Zuweisung des Sorgerechts an einen Elternteil erfordert. Das kann der Fall sein, wenn die Kooperations- oder Kommunikationsfähigkeit der Eltern aufgrund eines Dauerkonflikts nicht mehr vorhanden ist. Ob eine wesentliche Veränderung im dargelegten Sinn vorliegt, lässt sich nur aufgrund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalles beurteilen. (Entscheid des Bundesgerichts 5C.34/2006 vom 27. Juni 2006 E. 1.1; SCHWEN-

ZER/COTTIER in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 5. Aufl., N. 2 zu Art. 298d ZGB). Jedenfalls muss eine Erheblichkeit und Chronizität des Konflikts oder der gestörten Kommunikation erforderlich sein, wobei für die gemeinsame Sorge ein Mindestmass an Übereinstimmung zwischen den Elternteilen in Bezug auf Kinderbelange vorausgesetzt ist. Massgebend ist, ob mit einer Alleinsorge eine Verbesserung des Kindeswohls erreicht werden kann (BGE 141 III 472 E. 4.6 f. S. 478 f.). Mit anderen Worten genügt es bei einem Wechsel 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.). Die Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts muss dabei eine eng begrenzte Ausnahme bleiben (BGE 141 III 472 E. 4.7 S. 479). Dennoch: Wer sich aus dem Erziehungsprozess verabschiedet hat und dem anderen Elternteil allein die Verpflichtung zur Erziehung überbürdet, soll nicht mit Entscheidungskompetenzen ausgestattet werden, die insbesondere der Wahrung des erzieherischen Auftrages dienen (vgl. FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenverbands [ZBJV] 2014, S. 892 ff.; vgl. auch Entscheid des Kindes- und Erwachsenenschutzgerichts KES 15 157 vom 31. Juli 2015 E. III.6 m.H. auf KES 14 811 vom 18. Mai 2015).

7.

- 7.1 Im angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz auf eine Neuzuteilung der elterlichen Sorge verzichtet. Begründet wurde der Entscheid vorwiegend unter Bezugnahme auf den Bericht der Beiständin vom 10. Dezember 2018 (E. II.7, S. 7 des Entscheids). Der Aufrechterhaltung der regelmässigen Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sei hohe Bedeutung zuzumessen. Der Beschwerdegegner zeige Bereitschaft, sich aktiv um sein Kind zu kümmern und Verantwortung zu übernehmen. Entgegen der Meinung der Kindsmutter bestehe keine vollständige Blockade der elterlichen Kommunikation, so dass die notwendigen Entscheidungen für das Kind weiterhin gemeinsam getroffen werden könnten. Zudem stünden der Kindsmutter bei alltäglichen oder dringlichen Angelegenheiten die Alleinentscheidungsbefugnisse von Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB zu. Es seien keine Vorfälle aktenkundig, bei welchen sich der Beschwerdegegner seiner Verantwortung als Sorgeberechtigter entzogen habe. Für gemeinsame Entscheidungen mit fehlender Einigung würden konkrete Hinweise fehlen. Die Zusammenarbeit des Kindsvaters mit der Kindsmutter und den verschiedenen Stellen habe sich nicht negativ auf das Kindeswohl ausgewirkt (E. II.8). Trotz der dem Kindsvater von einigen involvierten Personen attestierten mangelnden Emotionskontrolle und mangelnden Fähigkeit, seine Wün-

sche dem Wohle des Kindes unterzuordnen, sei bisher keine konkrete Beeinträchtigung des Kindeswohls festgestellt worden. Zudem sei die Rückmeldung der besuchsbegleitenden Personen stets positiv gewesen. Ein elterlicher Konflikt, der sich vornehmlich auf die Besuchsrechtsausübung beschränke, könne auch mit der Alleinsorge nicht verbessert werden (E. II.9).

- 7.2 Den vorinstanzlichen Ausführungen hält die Beschwerdeführerin im Wesentlichen entgegen, dass sich die Verhältnisse zwischen den Parteien während des Verfahrens stets verschlimmert hätten. Die Vorinstanz habe die Gefahrenlage, die kriminellen Taten des Beschwerdegegners und sein Alkoholproblem komplett ausgeblendet (pag. 5). Der vorinstanzliche Entscheid sei widersprüchlich. Es werde in keinsten Weise aufgezeigt, inwiefern der Beschwerdegegner Bemühungen unternehme, sich um sein Kind zu kümmern. In der Realität sei es einzig die Beschwerdeführerin, die sich darum kümmere, dass der Kontakt aufrechterhalten werden könne. Für die Beschwerdeführerin sei lange nicht klar gewesen, welche Anschrift des Kindsvaters in Deutschland überhaupt die richtige sei. Zudem stelle der Beschwerdegegner offensichtlich nicht nur für sich selber sondern auch für die Allgemeinheit eine Bedrohung dar (pag. 7). Gegen den Beschwerdegegner würden bezüglich Drohungen und Beschimpfungen Strafverfahren laufen und er sei wegen mehrfacher Urkundenfälschung bereits rechtskräftig verurteilt. Die Vorinstanz habe dies nicht gewürdigt (pag. 9). Dank des Annäherungsverbotes und der Ausweisung des Beschwerdegegners hätten weitere Eskalationen in letzter Zeit vermieden werden können. Dem Beschwerdegegner gehe es nur um sich selber. Dem Konflikt können nur mit der Neuzuteilung des Sorgerechts begegnet werden. Zudem seien auch der geistige Zustand und die Urteilsfähigkeit des Beschwerdegegners fraglich (pag. 11 f.).

8.

- 8.1 Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen der Neuzuteilung des Sorgerechts grundsätzlich zutreffend wiedergegeben (E. II.B.3 ff., S. 6 f. des angefochtenen Entscheids). Den daraus gezogenen Schlüssen kann jedoch nicht gefolgt werden.
- 8.2 Zwar trifft es grundsätzlich zu, dass in den Akten keine Hinweise darauf enthalten sind, dass sich die Kindseltern bei einer wesentlichen Entscheidung betreffend das Kind uneinig gewesen sind. Dies kann jedoch genauso gut darin gründen, dass zwischen den Kindseltern überhaupt keine Kommunikation stattfindet. Es fehlen auch konkrete Beispiele dafür, dass sich der Beschwerdegegner an der Ausübung des Sorgerechts aktiv beteiligt (s. die Aussagen der Beiständin, Ziff. 4.2 des Beistandschaftsberichts vom 10. Dezember 2018). Allein auf die fehlende Uneinigkeit abzustellen, greift daher unter Berücksichtigung der übrigen Umstände klarerweise zu kurz.
- 8.3 Zum einen ist der Beschwerdegegner bereits mehrmals gegenüber der Kindsmutter, dem gemeinsamen Kind und auch gegenüber Dritten straffällig geworden. So hat er in den Jahren 2011, 2013, 2014 und 2015 zum Nachteil der Kindsmutter

mehrfach Urkundenfälschung begangen und wurde hierfür rechtskräftig verurteilt (s. den Strafbefehl vom 24. November 2016 in den Vorakten der Vorinstanz, Lasche 8). Hintergrund dieser Verfahren war, dass der Beschwerdegegner die Unterschrift der Beschwerdeführerin gefälscht hatte, um sich unrechtmässig an den Geldern ihrer Lebensversicherung zu bereichern, sich z.T. hohe Kreditsummen auszahlen zu lassen oder sich eine Aufenthaltsbewilligung zu erschleichen. Zudem sind etliche Gefährdungsmeldungen und laufende Strafverfahren wegen Drohung, Nötigung und Beschimpfung zum Nachteil der Beschwerdeführerin aktenkundig. Aufgrund der Umstände konnte die Polizei nebst einer Selbst-, auch eine Fremdgefährdung nicht ausschliessen (s. die Gefährdungsmeldungen vom 4. Mai 2018 sowie vom 1. Juni 2018 in den Akten der Vorinstanz, Lasche 8). Diese Umstände wiegen schwer. Als gravierend beurteilt die Rechtsmittelinstanz auch den Umstand, dass gegenüber dem Beschwerdegegner ein unbefristetes Annäherungs- und Kontaktverbot zugunsten der Beschwerdeführerin und der gemeinsamen Tochter ausgesprochen wurde (s. den Entscheid des Regionalgerichts Oberland vom 29. Mai 2019, Beschwerdebeilage 16).

Der Konflikt zwischen den Kindseltern ist chronischer Natur. Es kann nicht mehr von blossen Meinungsverschiedenheiten gesprochen werden. Diese Umstände beeinträchtigen das Wohl des gemeinsamen Kindes. Es wird nicht verlangt, dass ein Konflikt zwischen den Eltern beim Kind direkt spür- und sichtbare Auswirkungen zeitigt.

- 8.4 Zum anderen haben sich die Verhältnisse durch die Ausweisung des Kindsvaters aus der Schweiz massgeblich verändert. Gestützt darauf hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid auch den persönlichen Verkehr auf telefonische Kontakte zwischen dem Beschwerdegegner und seinem Kind beschränkt (s. Ziff. 2 des Entscheiddispositivs). Spätestens seit seiner Ausreise verhält sich der Beschwerdegegner gegenüber sämtlichen Beteiligten und Behörden unkooperativ, war zunächst überhaupt nicht und heute nur schwer erreichbar (bspw. hat er sich auch bei der Beiständin nicht mehr gemeldet, vgl. Ziff. 7.7 des Beistandschaftsberichts vom 10. Dezember 2018). In den aktenkundigen Korrespondenzen zwischen der Vorinstanz und dem Beschwerdegegner äussert er sich grösstenteils unverständlich und wirr und scheint seit Längerem von Verfolgungswahn geplagt (s. bspw. die Telefonnotiz vom 7. Februar 2019 oder die E-Mail des Beschwerdegegners vom 21. Februar 2019 in den Vorakten der Vorinstanz, Lasche 8). In dem Zusammenhang wirft auch seine psychische Verfassung einige Fragen auf und es ist unklar, inwieweit der Beschwerdegegner überhaupt fähig wäre, massgebliche Entscheidungen im Leben seines Kindes zu fällen. Die Abwesenheit des Beschwerdegegners in Verbindung mit dessen schwieriger Erreichbarkeit erschweren die Ausübung der elterlichen Sorge – man denke bspw. an die Notwendigkeit der Einholung einer Unterschrift – auf Seiten der Beschwerdeführerin beträchtlich.
- 8.5 Nach dem Gesagten und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Abwesenheit und Gewalttätigkeit sogar einen Entzug der elterlichen Sorge rechtfertigen würden

(Art. 311 ZGB Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), erachtet es die Beschwerdeinstanz als angezeigt, der Beschwerdeführerin die alleinige Sorge über ihr Kind zuzuteilen. Dies ermöglicht es der Beschwerdeführerin, massgebliche Entscheide für ihr Kind in Zukunft selbständig zu treffen. Die Massnahme dürfte auch dazu beitragen, die schwierigen Verhältnisse etwas zu «entflechten». Es ist zu erwarten, dass das Kind bei einer Alleinzuteilung weniger belastet sein wird, da hierdurch auch bei der Kindsmutter etwas Ruhe einkehrt. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die Zuteilung der elterlichen Sorge an die Kindsmutter keinen Einfluss auf das Besuchsrecht / den persönlichen Verkehr zwischen dem Beschwerdegegner und seinem Kind hat.

IV. Kosten

9.

9.1 Vorliegend fallen lediglich im Verfahren um Zuteilung der elterlichen Sorge Gerichtskosten an. Die übrigen Verfahren betreffen Kindesschutzmassnahmen und sind kostenlos (Art. 70 Abs. 3 Bst. d KESG).

9.2 Gemäss Art. 70 Abs. 1 KESG i.V.m. Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben. Besondere Umstände können namentlich bei behördlichen Fehlleistungen vorliegen, welche bei den Verfahrensparteien zu einem Mehraufwand geführt haben (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N. 9 zu Art. 108 Abs. 1 VRPG).

9.3 Die Beschwerdeführerin ist mit ihren gestellten Rechtsbegehren vollständig durchgedrungen, weshalb der Beschwerdegegner als unterliegende Partei gilt. Aufgrund der festgestellten Verfahrensfehler und dem damit verbundenen Mehraufwand für die Parteien erachtet es die Beschwerdeinstanz jedoch vorliegend als gerechtfertigt, die vorinstanzlichen Kosten von CHF 200.00 dem Kanton Bern aufzuerlegen und im oberinstanzlichen Verfahren auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten (Art. 70 Abs. 1 KESG i.V.m. Art. 108 Abs. 1 VRPG).

10.

10.1 Rechtsanwältin B._____ macht in ihrer Kostennote vom 2. September 2019 einen Parteikostenersatz sowohl für das Verfahren vor der Vorinstanz als auch für das Beschwerdeverfahren geltend (pag. 89).

10.2 Grundsätzlich besteht im Verfahren vor der KESB, wie in den übrigen Verwaltungsverfahren (Art. 107 Abs. 3 VRPG), kein Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 64 Abs. 1 KESG). Im Sinne einer Ausnahme sieht Art. 64 Abs. 2 Bst. a KESG die Möglichkeit vor, einen angemessenen Parteikostenersatz zuzusprechen, wenn entweder von der Anordnung einer Massnahme abgesehen wird oder wenn beson-

dere Umstände vorliegen. Zudem muss eine anwaltliche Vertretung bestehen und diese hat aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse geboten zu sein. Im KESB-Verfahren wird somit nur ausnahmsweise ein Parteikostenersatz zugesprochen.

- 10.3 Vorliegend unterlässt es die Beschwerdeführerin, ihr Gesuch um Zusprache eines Parteikostenersatzes für das vorinstanzliche Verfahren näher zu begründen. Es wäre an ihr gelegen, der Beschwerdeinstanz die Umstände darzulegen, welche die (ausnahmsweise) Zusprache eines Parteikostenersatzes i.S.v. Art. 64 Abs. 1 Bst. a KESG rechtfertigen würden. Die Beschwerdeinstanz ist nicht gehalten, von sich aus nach möglichen Gründen bzw. «besonderen Umständen» zu forschen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass ein Parteikostenersatz nur in seltenen Ausnahmefällen zugesprochen wird und die Hürde für die Entrichtung höher liegt als für die amtliche Verbeiständung. Es kann durchaus – wie im vorinstanzlichen Verfahren – der Fall eintreten, in welchem die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Beiordnung eines amtlichen Anwalts bejaht werden, von der Ausrichtung eines Parteikostenersatzes jedoch abgesehen wird. In diesem Fall trifft die Partei die Rückerstattungspflicht nach Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 123 ZPO. Es besteht hier eine Parallele zum Schlichtungsverfahren nach ZPO: Auch dort werden – unter Vorbehalt der Entschädigung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin durch den Kanton (Art. 113 Abs. 1 ZPO) – keine Parteientschädigungen gesprochen (s. dazu insb. den publizierten Entscheid KES 2014 317 E.IV.3 ff. m.w.H.).
- 10.4 Die Beschwerdeführerin hat nach dem Gesagten für das Verfahren vor der Vorinstanz keinen Anspruch auf Parteikostenersatz und trägt ihre Parteikosten selbst.
- 10.5 Indes wurde der Beschwerdeführerin am 27. März 2018, rückwirkend per 26. November 2017, für das Verfahren um Zuteilung der elterlichen Sorge die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Sie hat demzufolge Anspruch auf die Ausrichtung eines amtlichen Honorars für die Tätigkeit ihrer Rechtsvertreterin. Es ist Sache der Vorinstanz, dieses im Nachgang an das Verfahren zu bestimmen.
- 11.
- 11.1 Anderes gilt im Beschwerdeverfahren. Hier hat die obsiegende Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten durch den unterliegenden Beschwerdegegner (Art. 70 Abs. 1 KESG i.V.m. Art. 108 Abs. 3 VRPG).
- 11.2 Gemäss Art. 11 Abs. 1 beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren CHF 400.00 bis CHF 11'800.00 pro Instanz.
- 11.3 Rechtsanwältin B._____ macht in ihrer Kostennote vom 2. September 2019 für das oberinstanzliche Verfahren ein Honorar von CHF 3'037.50 zzgl. Auslagen von CHF 126.00 und Mehrwertsteuer von CHF 243.60, total CHF 3'407.10 geltend (pag. 89 ff.).

- 11.4 Das beantragte Honorar erscheint unter Berücksichtigung des in der Sache gebotenen Zeitaufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses gerade noch angemessen (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]). Auch die geltend gemachten Auslagen scheinen gerechtfertigt. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin somit einen Parteikostenersatz von insgesamt CHF 3'407.10 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen.
- 12.
- 12.1 Die Beschwerdeführerin ersucht im Beschwerdeverfahren zudem um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege (Verfahren KES 19 288, pag. 1 ff.).
- 12.2 Obsiegt die unentgeltlich prozessführende Partei und ist der Parteikostenersatz bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich, wird die unentgeltliche Rechtsbeiständin vom Kanton angemessen entschädigt (Art. 112 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 122 Abs. 2 ZPO). Obwohl die Beschwerdeführerin im Verfahren obsiegt und ihr keine Kosten anfallen, muss das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen der Uneinbringlichkeit des Parteikostenersatzes beim Beschwerdegegner (Abwesenheit im Ausland, schlechte Erreichbarkeit, schlechte finanzielle Verhältnisse und ungewisse Arbeits- und Lebenssituation) beurteilt werden (Art. 122 Abs. 2 ZPO).
- 12.3 Voraussetzung zur 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 überdies eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen es rechtfertigen (Art. 111 Abs. 2 VRPG).
- 12.4 Bei der Mittellosigkeit ist auf die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Person abzustellen (sog. Effektivitätsgrundsatz). Bei unselbständig erwerbenden Personen ist daher vom gesamten erzielten Nettoeinkommen auszugehen. Dies bedeutet, dass sowohl der 13. Monatslohn als auch sämtliche Zulagen (inkl. regelmässig ausgerichteter Überzeitzulagen) und variable Lohnbestandteile (wie Boni oder Gratifikationen) hinzuzurechnen sind (vgl. analog zur ZPO BÜHLER, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, N. 6, 8 und 13 zu Art. 117 ZPO).
- 12.5 Die unentgeltliche Rechtspflege ist – vorbehältlich der materiellen Voraussetzungen – zu gewähren, wenn das Einkommen geringer ist als der zivilprozessuale Zwangsbedarf oder ihn gerade erreicht bzw. bloss geringfügig übersteigt. Übersteigt das Einkommen den zivilprozessualen Zwangsbedarf um mehr als nur einen geringen Betrag, so ist zu prüfen, welche Verfahrens- und allenfalls Anwaltskosten der beabsichtigte Prozess der das Gesuch stellenden Person verursachen kann. Der Überschuss über den zivilprozessualen Zwangsbedarf sollte es der Gesuch stellenden Person ermöglichen, die Kosten bei weniger kostspieligen Prozessen

innert Jahresfrist, bei andern innert zwei Jahren zu tilgen. Massgebend sind die finanziellen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (vgl. zum Ganzen: Kreisschreiben Nr. 1 der Zivilabteilung des Obergerichts und des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25. Januar 2011; nachfolgend: Kreisschreiben Nr. 1).

- 12.6 Zur Darlegung der Bedürftigkeit hat die gesuchstellende Person ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern (Art. 112 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Es trifft sie eine umfassende Mitwirkungspflicht. Verweigert die gesuchstellende Person die zur Beurteilung ihre aktuellen Gesamtsituation erforderlichen Angaben oder Belege, so berücksichtigt dies das Gericht bei der Beweiswürdigung und kann die Mitteilbarkeit verneinen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_639/2012 vom 22. Januar 2013 E. 4.1; 5A_810/2011 vom 7. Februar 2012 E. 3.2.2; 4A_459/2011 vom 5. Oktober 2011 E. 1.4; BGE 125 IV 161 E. 4a S. 164 f.; 120 Ia 179 E. 3a S. 181 f.).
- 12.7 Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei der I. _____ AG in Thun als Filialeiterin – abzüglich der Überstunden, zu deren Leistung sie rechtlich nicht verpflichtet sei – einen monatlichen Nettolohn von rund CHF 4'904.00 zu erzielen. Zusätzlich beziehe sie Kinderzulagen für die Tochter D. _____ von monatlich CHF 230.00. Von den Sozialdiensten würden ihr CHF 605.00 an Kinderunterhaltsbeiträgen bevorzusst. Sie verfüge damit monatlich über einen Gesamtbetrag von CHF 5'740.00 (Verfahren KES 19 288, pag. 5).
- 12.8 Der Argumentation der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Es spielt keine Rolle, ob die Beschwerdeführerin zur Leistung der Überstunden (arbeits-) vertraglich verpflichtet ist oder nicht. Tatsache ist, dass sie offenbar regelmässig Überstunden leistet, es auch in Zukunft zu tun gedenkt und von ihrer Arbeitgeberin entsprechend entschädigt wird. Durch die regelmässige Leistung von Überstunden erzielt die Beschwerdeführerin ein höheres Einkommen. Diese Gelder sind tatsächlich vorhanden und verfügbar. Dies ergibt sich auch aus dem Lohnausweis für das Jahr 2018, welcher ein monatliches Nettoeinkommen (ohne Kinderzulagen und Anteil am Geschäftswagen) von CHF 5'565.00 dokumentiert (Gesuchsbeilage 2).
- 12.9 Die Entschädigung für geleistete Überstunden ist dem massgeblichen Einkommen der Beschwerdeführerin wie folgt anzurechnen:

Gemäss den eingereichten Lohnabrechnungen der Beschwerdeführerin für die Monate Oktober 2018 bis März 2019 (Gesuchsbeilage 1) hat sie im Zeitraum eines halben Jahres im Durchschnitt 18.8 Überstunden geleistet. Hierfür wurde die Beschwerdeführerin jeweils mit CHF 37.45 pro Stunde entschädigt, was einem monatlichen Lohnanteil von durchschnittlich rund CHF 704.00 entspricht. Dieser Betrag ist der Beschwerdeführerin beim massgeblichen monatlichen Einkommen aufzurechnen (im Gegenzug kann die Beschwerdeführerin beim zivilprozessualen Zwangsbedarf höhere Drittbetreuungskosten geltend machen, dazu sogleich).

Dies ergibt folgende Rechnung:

Bruttolohn pro Monat (CHF 5'320 zzgl. 13. Monatslohn)	CHF	5'763
Überstundenanteil	CHF	704
Kinderzulagen	CHF	230
./ Sozial- und BVG-Abzüge von durchschnittlich 14 %	CHF	525
Bevorschußte Unterhaltsbeiträge	CHF	605
Total	CHF	6'365

12.10 Diesen Einkünften steht folgender zivilprozessualer Zwangsbedarf gegenüber:

Monatlicher Grundbetrag	CHF	1'350
Grundbetrag D. _____	CHF	400
Zivilprozessualer Zuschlag (30%)	CHF	525
Wohnkosten	CHF	1'250
Krankenkassenprämien	CHF	468
Steuern	CHF	555
Arbeitsweg	CHF	80
Auswärtige Verpflegung	CHF	176
Drittbetreuung D. _____	CHF	943
Total	CHF	5'747

Die Kostenaufstellung wurde – mit Ausnahme der Kosten «Telecom / Mobiliarversicherung» – unverändert aus dem Gesuch der Beschwerdeführerin übernommen (Verfahren KES 19 288, pag. 7; die Kosten für die Mobiliarversicherung und die Telekommunikation sind bereits im Grundbetrag bzw. im zivilprozessualen Zuschlag enthalten und können nicht zusätzlich berücksichtigt werden [vgl. Kreisschreiben Nr. 1, Bst. C Ziff. 1 sowie Ziff. 1 der Beilage 2 zum Kreisschreiben Nr. B 1 der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern vom 1. April 2010]).

- 12.11 Die Gegenüberstellung des Einkommens und des Zwangsbedarfs ergibt einen monatlichen Überschuss von rund **CHF 618.00** (Einkommen von CHF 6'365.00 vs. einen Zwangsbedarf von CHF 5'747.00).
- 12.12 Da im vorliegenden Verfahren keine Gerichtskosten anfallen, sind nur die Parteikosten betroffen. Diese belaufen sich auf CHF 3'407.10 (s. oben, Ziff. IV.11.4). Es handelt sich vorliegend um keinen kostspieligen Prozess, weshalb die Einjahresfrist zur Anwendung kommt (s. oben, Ziff. IV.12.5). Der errechnete Überschuss ermöglicht es der Beschwerdeführerin, den Betrag für die Parteikosten innert rund 5.5 Monaten zu äufnen. Die Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Entschädigung der Rechtsvertreterin durch den Staat rechtfertigen sich somit nicht.
- 12.13 Gestützt auf diese Ausführungen wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen. Trotz voraussichtlicher Uneinbringlichkeit des Parteikostenersatzes wird ihr kein amtliches Honorar i.S.v. Art. 122 Abs. 2 ZPO zugesprochen.

13. Für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Kosten erhoben (Art. 112 Abs. 1 VRPG).

Das Gericht entscheidet:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die alleinige Sorge über das Kind D. _____ wird der Beschwerdeführerin übertragen.
2. Es wird die Nichtigkeit der Dispositivziffern 2-4 des angefochtenen Entscheids der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Oberland Ost vom 18. März 2019 festgestellt. Die Sache wird zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen (insbesondere zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zur anschliessenden Neubeurteilung) an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die erstinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 200.00 werden dem Kanton Bern zur Bezahlung auferlegt.
4. Im Beschwerdeverfahren werden keine Verfahrenskosten erhoben.
5. Im erstinstanzlichen Verfahren wird kein Parteikostenersatz gesprochen. Die Festsetzung der amtlichen Entschädigung von Rechtsanwältin B. _____ durch die Vorinstanz bleibt vorbehalten.
6. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren Parteikosten von CHF 3'407.10 (inkl. Auslagen und MWST) zu ersetzen.
7. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
8. Für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Kosten erhoben.
9. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwältin B. _____ (Einschreiben)
 - dem Beschwerdegegner (via Amtsblatt)
 - der Vorinstanz (Einschreiben)

Mitzuteilen:

- der Beiständin J. _____, Sozialdienst K. _____
- dem Kantonalen Jugendamt, Gerechtigkeitsgasse 81, 3011 Bern
- der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern, Amt für Betriebswirtschaft und Aufsicht, Kramgasse 20, Postfach 652, 3000 Bern 8

Bern, 29. Oktober 2019

Im Namen des Kindes- und
Erwachsenenschutzgerichts

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

Die Gerichtsschreiberin:

Brütsch

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 Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.