

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 20 267

Bern, 16. Juni 2020

Besetzung

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

Verfahrensbeteiligte

**A.**\_\_\_\_\_

Beschwerdeführerin

gegen

**B.**\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt C. \_\_\_\_\_

Beschwerdegegner

**D.**\_\_\_\_\_

Kindsvertretung nach Art. 314a<sup>bis</sup> ZGB: Fürsprecherin E. \_\_\_\_\_

Betroffener

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

Vorinstanz

Gegenstand

Vorsorglicher Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts gemäss  
Art. 310 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 445 Abs. 1 ZGB mit vorsorglicher  
Unterbringung im Haushalt des Vaters  
Vorsorgliche Einschränkung der elterlichen Sorge gemäss  
Art. 308 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 445 Abs. 1 ZGB  
Vorsorgliche Anpassung der beistandschaftlichen Aufgaben

Beschwerde gegen den Entscheid der Kindes- und Erwachsen-  
schutzbehörde (KESB) Mittelland Süd vom 16. März 2020  
(11816911/2018-3855)



## **Regeste:**

### **Anspruch auf rechtliches Gehör; Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK**

Die KESB ist verpflichtet, den Beteiligten den Beizug von Akten, die wesentliche Informationen enthalten können, anzuzeigen, damit diese ihr Einsichtsrecht geltend machen können. Wichtige Beweismittel wie weitere Eingaben der Parteien sind den Beteiligten von Amtes wegen in Kopie zuzustellen. Der behördliche Entscheid darf nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse berücksichtigen, zu denen die Parteien Stellung nehmen konnten (E. 35). Heilung der Gehörsverletzung vor der Rechtsmittelinstanz (E. 40 und 41).

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin/Kindsmutter) und B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdegegner/Kindsvater) sind die unverheirateten und getrennt lebenden Eltern von D.\_\_\_\_\_. Die Kindsmutter ist für D.\_\_\_\_\_ alleine sorgeberechtigt. Die ältere Schwester von D.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, zog nach Abschluss der obligatorischen Schulzeit im August 2018 bei der Mutter aus und lebt seither beim Vater.
2. Anfangs 2019 wurde D.\_\_\_\_\_ nach familiären und schulischen Schwierigkeiten von der KESB für einen Monat in der G.\_\_\_\_\_ (Kinder- und Jugendheim) platziert. Seither besteht für ihn eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) und ist vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Mittelland Süd (nachfolgend: Vorinstanz) ein Kindesschutzverfahren hängig.
3. Beim Übertritt von D.\_\_\_\_\_ in die Oberstufe im Sommer 2019 eskalierten die schulischen Probleme. D.\_\_\_\_\_ bedrohte andere Schüler und zeigte ein schwieriges Frauenbild, was sich auch in seinem Verhalten den Lehrerinnen gegenüber äusserte (Information des Schulleiters vom 22. August 2019, in den Vorakten). Die Familienbegleiterin legte ihr Mandat per Ende August 2019 nieder, weil sie ihren Auftrag (die Situation der Familie zu stabilisieren und das Wohl von D.\_\_\_\_\_ zu sichern) nicht erfüllen konnte. Sie erwähnte u.a., dass die Kindsmutter das geliebte Haustier von D.\_\_\_\_\_ als Druckmittel einsetze; sie werde es weggeben, wenn er sich nicht an Regeln und Abmachungen halte (Bericht vom 9. August 2019). Die Beiständin zog in der Folge H.\_\_\_\_\_ als neue sozialpädagogische Familienbegleiterin bei.
4. Die Beiständin berichtete am 23. August 2019, D.\_\_\_\_\_ bestimme zu Hause, wie es laufen solle. Er verhalte sich seiner Mutter gegenüber sehr respektlos und stosse ihr gegenüber auch Drohungen aus. Er habe Wohnungsmobiliar kaputtgemacht, wenn seine Mutter nicht tat, was er wollte. Im September 2019 musste

- D.\_\_\_\_\_ in eine Spezialklasse der Schule I.\_\_\_\_\_ eintreten. Am 2. Dezember 2019 meldete die Lehrerin der Spezialklasse allerdings, dass ohne Verbesserung der Situation eine weitere Beschulung von D.\_\_\_\_\_ auch in diesem Setting nicht mehr möglich sei.
5. Anlässlich einer Sitzung der ganzen Familie mit der Vorinstanz am 5. Dezember 2019 konnten keine Lösungen gefunden werden. Die Kindsmutter zeigte keine Einsicht in den Ernst der Situation, der Kindsvater wollte Mutter und Sohn nicht trennen und diesen deshalb nicht zu sich nehmen, und D.\_\_\_\_\_ wollte nicht zum Vater, weil er da sein Haustier nicht mitnehmen dürfte. Die Vorinstanz stellte in Aussicht, im Januar über die Wohn- und Schulsituation von D.\_\_\_\_\_ zu befinden.
  6. Ende Januar 2020 musste D.\_\_\_\_\_ die Spezialklasse verlassen. Dem entsprechenden Bericht vom 20. Januar 2020 war zu entnehmen, dass eine Beschulung von D.\_\_\_\_\_ erst wieder möglich sei, wenn dieser in einem stabilen Umfeld mit klaren Strukturen und Regeln wohne. Der Bericht empfahl, dass D.\_\_\_\_\_ mit seinem Haustier sein Umfeld verlasse und an einem Ort leben könne, wo er sowohl klare Grenzen als auch eine tragende Beziehung, Wertschätzung und Ruhe erfahre.
  7. Die Beiständin beantragte der KESB am 22. Januar 2020 u.a., der Kindsmutter sei das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen und D.\_\_\_\_\_ sei beim Vater zu platzieren, welcher zusammen mit seiner Lebenspartnerin und deren Sohn in J.\_\_\_\_\_ lebe.
  8. Dem Bericht der Familienbegleiterin H.\_\_\_\_\_ vom 24. Januar 2020 ist zu entnehmen, dass eine Kooperation mit der Kindsmutter nicht möglich gewesen sei. Die Familienbegleiterin empfahl eine Platzierung von D.\_\_\_\_\_ beim Vater oder in einer Institution.
  9. Die Kindseltern wurden von der Vorinstanz am 28. Januar 2020 angehört. Die Kindsmutter negierte das Ausmass der schulischen Schwierigkeiten von D.\_\_\_\_\_ und sah die Gründe für die Probleme bei der Schule selbst. Sie warf dem Kindsvater zudem illegales Verhalten vor. Gemäss dem Behördenmitglied war erwiesen, dass der Kindsvater im Besitz von drei Hanfpflanzen war (S. 8 des Protokolls). D.\_\_\_\_\_ meinte, bei seinem Vater sei es auch nicht besser, und weinte, als von seinem Haustier die Rede war, das er beim Vater vermissen würde. Zudem machte er sich Sorgen um die Mutter, die nach seinem Weggang ganz alleine wäre. Der Vater meinte, das Kind sei nun wohl mit der Mutter; wenn es von der Mutter weggerissen werde, würde es in der Schule wohl nicht besser gehen. Die Vorinstanz stellte in Aussicht, dass entweder eine Platzierung in einem Internat oder beim Vater, unter Beschulung durch K.\_\_\_\_\_, verfügt werde.
  10. Das Behördenmitglied wies den Rechtsvertreter der Kindsmutter darauf hin, dass er nicht automatisch mit den Akten bedient werde, diese müsse er aktiv einfordern. Er habe jedoch nur den Bericht der Schule eingefordert. Es handle sich ohnehin

nicht um einen definitiven, sondern erst einen vorsorglichen Entscheid (S. 7 des Protokolls).

11. Die Vorinstanz ernannte dem Kind am 31. Januar 2020 eine Kindsvertretung nach Art. 314a<sup>bis</sup> ZGB in der Person von Fürsprecherin E.\_\_\_\_\_.
12. Am 3. März 2020 führte das Behördenmitglied ein Telefonat mit dem Kindsvater, dem Kind, dessen Schwester F.\_\_\_\_\_ und der Beiständin. Der Vater berichtete von einer Eskalation zwischen D.\_\_\_\_\_ und der Kindsmutter. Er selber müsse kurzfristig für unbestimmte Zeit zu seinem erkrankten Vater nach P.\_\_\_\_\_ und könne das Kind deshalb nicht aufnehmen (Verbal in den Vorakten).
13. Die Kinderanwältin reichte am 4. März 2020 eine umfassende Stellungnahme ein und beantragte gestützt auf die Äusserungen des Kindes, er sei bei der Mutter zu belassen und möglichst schnell wieder zu beschulen, eventuell, er sei beim Vater zu platzieren und wieder zu beschulen.
14. Am 13. März 2020 meldete der Kindsvater aus P.\_\_\_\_\_ seine Rückkehr in die Schweiz am 15. März 2020. D.\_\_\_\_\_ wolle nicht länger bei der Mutter bleiben. Er sei nun bereit, ohne Haustier zu kommen.
15. Mit vorsorglichem Entscheid vom 16. März 2020 entzog die Vorinstanz der Kindsmutter die elterliche Sorge (Ziff. 1) und platzierte den Sohn beim Vater (Ziff. 2). Dieser wurde angewiesen, mit der sozialpädagogischen Familienbegleitung K.\_\_\_\_\_ und mit der Stiftung L.\_\_\_\_\_ zusammenzuarbeiten (Ziff. 3). Letztere führt die Tagesschule in M.\_\_\_\_\_, welche D.\_\_\_\_\_ ab dem 15. März 2020 besuchen sollte. Der Beiständin N.\_\_\_\_\_ sollte für eine geeignete Beschulung von D.\_\_\_\_\_ besorgt sein, den Kontakt zwischen Mutter und Kind regeln und die Zusammenarbeit mit der Stiftung L.\_\_\_\_\_ überwachen (Ziff. 7). Die elterliche Sorge der Kindsmutter wurde in Bezug auf die Beschulung des Kindes beschränkt (Ziff. 8). Zudem wurden weitere administrative Belange geregelt (Ziff. 4-6) und eine vormalige Aufgabe der Beiständin aufgehoben (Ziff. 9). Der Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (Ziff. 10). Der Entscheid erging kostenfrei (Ziff. 11).
16. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin, vertreten durch Fürsprecher und Notar O.\_\_\_\_\_, mit Eingabe vom 27. März 2020 (Postaufgabe gleichentags) Beschwerde an das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht. Sie stellte die folgenden Rechtsbegehren (pag. 1 ff.):

1. Der Entscheid sei aufzuheben und die Angelegenheit wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen, mit der Anweisung, der Beschwerdeführerin vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren.
  2. Eventualiter: Der Entscheid der Vorinstanz vom 16. März 2020 sei vollumfänglich aufzuheben und der Beschwerdeführerin das Aufenthaltsbestimmungsrecht über ihren Sohn D.\_\_\_\_\_ wieder unbeschränkt zu erteilen.
  3. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.  

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -
- 
17. Mit Verfügung vom 1. April 2020 wies die Instruktionsrichterin den Antrag um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab und setzte der Beschwerdeführerin eine Frist von 10 Tagen, um Stellung zu nehmen zu allfälligen Entscheidungsgrundlagen, in welche sie vor der Entscheidungsfindung keine Einsicht erhalten hat (pag. 13 ff.).
  18. Am 14. April 2020 teilte Fürsprecher O.\_\_\_\_\_ mit, dass die Beschwerdeführerin ihm keine Ergänzungen zur Beschwerde habe zukommen lassen und dass er die Beschwerdeführerin nicht länger vertrete (pag. 29).
  19. Die Vorinstanz schloss mit Vernehmlassung vom 20. April 2020 auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde (pag. 41 ff.).
  20. Der Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_, beantragte mit Eingabe vom 27. April 2020 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge (pag. 51 ff.).
  21. Am 30. April 2020 meldete Frau P.\_\_\_\_\_, KESB Mittelland Süd, die Beiständin habe ihr mitgeteilt, dass die Kindsmutter [...] (Verbal pag. 77).
  22. Fürsprecherin E.\_\_\_\_\_ als Kindsvertreterin schloss am 5. Mai 2020 ebenfalls auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde (pag. 81 ff.).
  23. Mit Verfügung vom 5. Mai 2020 wurden die Eingaben und sowie das Verbal vom 30. April 2020 den Verfahrensbeteiligten zugestellt und die Parteien wurden aufgefordert, ihre Kostennoten einzureichen. Es wurde der schriftliche Entscheid in Aussicht gestellt (pag. 79 ff.).
  24. Die Honorarnote von Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_ datiert vom 8. Mai 2020 (pag. 83 ff.) und jene von Fürsprecherin E.\_\_\_\_\_ vom 14. Mai 2020 (pag. 87 ff.). Die Kostennoten wurden den Parteien am 15. Mai 2020 wechselseitig zugestellt (pag. 91).
  25. Die Beschwerdeführerin reichte am 9. Juni 2020 und am 10. Juni 2020 weitere Unterlagen ein.

## II.

26. Für die Beschwerde gegen den Entscheid der Vorinstanz ist das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht zuständig (Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 65 und Art. 66 Bst. a des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz [KESG; BSG 213.316]).
27. 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 (Art. 450f ZGB i.V.m. 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).
28. Die Beschwerdeführerin ist als am vorinstanzlichen Verfahren beteiligte und in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffene Person (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) zur Beschwerde legitimiert.
29. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht (Art. 450 Abs. 3 ZGB und Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 3 ZGB).
30. Da sich keine wesentlichen fachspezifischen Fragen des Kindesschutzes stellen, erfolgt die Entscheidfindung 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 vom 11. Juni 2009 [GSOG; BSG 161.1]).
31. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde kann eingetreten werden.

## III.

32. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids, es sei denn, die Verletzung könne vor oberer Instanz geheilt werden. Die entsprechenden Rügen sind daher vorab zu behandeln (vgl. Urteil des BGer 5A\_914/2018 vom 18. Dezember 2019, E. 3.2 m.w.H; BGE 138 I 232 E. 5.1).
33. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe ihr die von dieser eingeholten Berichte und die bei dieser eingegangenen Informationen, welche für den Entscheid relevant waren, nicht zugestellt. Bereits anlässlich der Anhörung vom 28. Januar 2020 habe ihr Rechtsvertreter moniert, diverse Berichte nicht erhalten zu haben, so dass er sich nicht korrekt auf die Sitzung habe vorbereiten können. Ihr Rechtsvertreter habe vor der Sitzung vom 5. Dezember 2019 Akteneinsicht genommen; die anschliessend eingegangenen Dokumente seien ihm von der KESB nicht mehr zur Kenntnis gebracht worden. Trotz seines Hinweises an der Sitzung vom 29. Januar 2020 habe die Vorinstanz ihre Praxis auch in der Folge beibehalten. So seien ihm auch die schriftliche Stellungnahme von Frau Fürsprecherin

E. \_\_\_\_\_ vom 4. März 2020, die beigezogenen Akten der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (Ziff. I.28 des angefochtenen Entscheids) sowie die Telefonate mit dem Beschwerdegegner und der Stiftung L. \_\_\_\_\_ (Ziff. I.27, 29 und 30) nicht zur Kenntnis gebracht worden, obwohl sie für die Fällung des Entscheids von Bedeutung gewesen seien. Dadurch sei das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt worden. Aufgrund dieser Verfahrensfehler sei der Entscheid aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen (pag. 5).

34. Die Vorinstanz nahm dazu wie folgt Stellung: Sie sei sich durchaus bewusst, dass die Orientierungspflicht Teilgehalt des rechtlichen Gehörs darstelle. Allerdings sei die Beschwerdeführerin vor jedem Verfahrensschritt der KESB über den rechtserheblichen Sachverhalt orientiert gewesen. Die Rüge der Beschwerdeführerin beziehe sich einzig auf Dokumente, die keinen neuen Sachverhalt zu Tage gefördert hätten, sondern die bekannten Sachverhaltselemente, zu denen sich die Beschwerdeführerin bereits (mehrfach) äussern konnte, bestätigten. Auch an der rechtlichen Würdigung des rechtserheblichen Sachverhalts habe sich seit anfangs Dezember 2019 nichts mehr verändert. Dem Einwand der Verletzung des rechtlichen Gehörs könne deshalb nicht gefolgt werden. Hinzu komme, dass angesichts der Eskalation zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Sohn ein längeres Zuwarten nicht zu verantworten gewesen wäre. Da es sich vorliegend um eine vorsorgliche Massnahme handle, würden die Parteien nochmals die Möglichkeit erhalten, sich zum (definitiven) Entscheid zu äussern.
35. Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör.

Die Parteien haben das Recht, sich vor dem Erlass des Entscheides (mindestens schriftlich) zu sämtlichen entscheidrelevanten Sachfragen und Beweisergebnissen zu äussern und ihre Sichtweise in das Verfahren einzubringen (BGE 132 II 485 E. 3.2). Aus dem rechtlichen Gehör fliesst der Anspruch der Parteien auf Teilnahme an der Abklärung des Sachverhalts (BGE 135 V 465 E. 4.3.2). Die Parteien sind berechtigt, zum Ergebnis eines Beweisverfahrens Stellung zu nehmen (Art. 24 VRPG). Dieses Äusserungsrecht setzt voraus, dass die Parteien über den Verfahrensverlauf in Kenntnis gesetzt werden und vorweg über entscheidwesentliche Vorgänge und Grundlagen orientiert werden (vgl. BGE 144 I 11 E. 5.3 S. 17). Die Behörden sind verpflichtet, den Beteiligten den Beizug von Akten, die wesentliche Informationen enthalten können, anzuzeigen, damit diese ihr Einsichtsrecht geltend machen können (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 11 zu Art. 23). Wichtige Beweismittel wie weitere Eingaben der Parteien sind den Beteiligten von Amtes wegen in Kopie zuzustellen (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., N. 2 zu Art. 24 VRPG). Geht bei der Behörde die Stellungnahme einer am Verfahren beteiligten Person ein, so steht den übrigen Parteien ein Anspruch auf Kenntnis- und Stellungnahme unabhängig davon zu, ob die Eingabe neue und erhebliche Elemente enthält und ob sie im konkreten Fall massgebend sein kann (vgl. Urteil des BGer

5A\_964/2019 vom 15. Januar 2020 m.w.H.). Der behördliche Entscheid darf nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse berücksichtigen, zu denen die Parteien Stellung nehmen konnten (vgl. HURNI, in: Berner Kommentar zur ZPO, 2012, N. 37 zu Art. 53 ZPO; vgl. Art. 22 und 24 VRPG).

36. Es ist unbestritten, dass Fürsprecher O.\_\_\_\_\_ im Nachgang zum Anhörungstermin vom 28. Januar 2020 über die weiteren Vorgänge und Abklärungen nicht mehr informiert wurde. Er erhielt die von ihm genannten, nach der zweiten Anhörung eingegangenen Informationen (schriftliche Stellungnahme der Kindsvertreterin E.\_\_\_\_\_ vom 4. März 2020, die beigezogenen Akten der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland [Ziff. I.28 des angefochtenen Entscheids] sowie die Telefonate mit dem Beschwerdegegner und der Stiftung L.\_\_\_\_\_ [Ziff. I.27, 29 und 30]) weder zur Kenntnis zugestellt noch wurde er über deren Existenz informiert. Infolgedessen konnte er sich dazu nicht äussern. Trotzdem wurden diese Informationen im angefochtenen Entscheid verwertet. Die fehlende Orientierung über den Beizug der Strafakten und die ausgebliebene Zustellung von Beweiserhebungen (Telefonate) sowie von Eingaben von Verfahrensbeteiligten (Stellungnahme der Kindsvertreterin, Mitteilung des Beschwerdegegners) an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin waren Verfahrensfehler und stellen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.
37. Daran ändert nichts, dass die Urkunden und Informationen gemäss Auffassung der Vorinstanz keine neuen Sachverhaltselemente zutage förderten. Gerade weil offenbar die neuen Beweiselemente die vorbestehende Einschätzung der KESB bekräftigten, wäre es wichtig gewesen, die Stellungnahme der Partei einzuholen, welche durch diese Einschätzung beschwert wird und damit nicht einverstanden ist.
- Indem die Vorinstanz die Beweismittel und Stellungnahmen im Entscheid erwähnte, muss sie ihnen zudem offensichtlich – entgegen ihrer Einschätzung in der Vernehmlassung – durchaus Gewicht zu. Es handelte sich somit um entscheidungsrelevante Tatsachen, die einer Partei nicht vorenthalten werden durften. Dies gilt nicht nur für definitive Entscheide, sondern auch für vorsorgliche Massnahmen.
38. Ebenfalls unbehelflich ist der Einwand der Vorinstanz, dass angesichts der Eskalation zwischen Mutter und Kind ein längeres Zuwarten nicht zu verantworten gewesen wäre. Ist eine Massnahme so dringend notwendig, dass keine Zeit für die Gewährung des rechtlichen Gehörs verbleibt, so ergeht der Entscheid superprovisorisch und muss, nach Gewährung des rechtlichen Gehörs, in einen ordentlichen (ggfs. vorsorglichen) Entscheid überführt werden. Vorliegend hätte die zeitgerechte Weiterleitung der Stellungnahme der Kindsvertreterin und die Information über den Beizug der Strafakten an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin keine Verzögerung des Verfahrens nach sich gezogen. Eine förmliche Frist zur Vernehmlassung brauchte ihm nicht angesetzt zu werden; es genügte, ihm die Unterlagen zur Kenntnis zu bringen und darauf hinzuweisen, dass allfällige Bemerkungen umgehend einzureichen seien.
39. Zu gewissen Verzögerungen hätte allenfalls die Weiterleitung der Informationen des Vaters vom 13. März 2020 über die neuste Eskalation in der Familie geführt.

Gerade diese waren allerdings wesentlich, weil sich erst jetzt erwies, dass der zuvor landesabwesende Kindsvater nun zur Aufnahme des Kindes bereit war. Offenbar haben die Vorfälle vom 3. März 2020 und vom 13. März 2020 die KESB zudem zum Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde bewogen.

40. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzu sehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. BGE 142 II 218 E. 2.8.1 S. 226 mit Hinweisen).
41. Zu prüfen bleibt deshalb, ob die festgestellte Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das oberinstanzliche Verfahren geheilt worden ist.
  - 41.1 Die Verletzung wiegt schwer, zumal gerade die letzten, telefonisch erhaltenen Informationen die KESB zum rascheren Erlass ihres Entscheids und zum Entzug der aufschiebenden Wirkung bewog. Auch die Abweisung des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Hinweis auf die neuste Eskalation begründet (pag. 15).
  - 41.2 Das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht verfügt im vorliegenden Verfahren über volle Kognition (Art. 450a ZGB).
  - 41.3 Der Umstand, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die amtlichen Akten der Vorinstanz erst einen Tag vor Ablauf der 10-tägigen Beschwerdefrist erhielt, und dass die direkte Instruktion durch die Klientin infolge der Corona-Krise erschwert war, führte dazu, dass die Beschwerde sehr kurz gehalten und eine Ergänzung vorbehalten wurde. Der Beschwerdeführerin wurde denn auch praxisgemäss Gelegenheit gegeben, innert 10 Tagen eine ergänzende Stellungnahme einzureichen (Verfügung vom 1. April 2020). Selbst wenn die Beschwerdeführerin diese Gelegenheit nicht wahrgenommen hat, wurde ihr doch die Möglichkeit eingeräumt, sich in Kenntnis der gesamten Vorakten zum rechtserheblichen Sachverhalt sowie zu den sich stellenden rechtlichen Fragen umfassend zu äussern (pag. 29).

- 41.4 Angesichts des bekannten Aktenstands würde die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen, die mit dem Interesse des Kindes an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre (vgl. E. 42 ff. unten). Insgesamt ist die Gehörsverletzung damit als im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt zu betrachten und der Antrag der Beschwerdeführerin auf Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs daher abzuweisen.
- 41.5 Darüber hinaus besteht – ungeachtet der formellen Natur des Gehörsanspruchs – dann kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids, wenn nicht bestritten ist, dass eine (allfällige) Verletzung des rechtlichen Gehörs keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang gehabt hätte (Urteil des BGer 5A\_914/2018 vom 18. Dezember 2019, E. 3.2. mit Hinweisen). Die beschwerdeführende Partei hat in der Begründung des Rechtsmittels daher anzugeben, welche Vorbringen sie in das vorinstanzliche Verfahren bei Gewährung des rechtlichen Gehörs eingeführt hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können (vgl. Urteil des BGer 5A\_561/2018 vom 14. Dezember 2018, E. 2.3). Die Beschwerdeführerin hat es – auch innert der gewährten Nachfrist – unterlassen, sich inhaltlich mit den ihr bislang unbekannten Aktenstücken der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Damit ist nicht ersichtlich, inwiefern die Verletzung des rechtlichen Gehörs Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens gehabt haben soll. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist daher blosser Selbstzweck und verdient keinen Rechtsschutz. Der Hauptantrag auf Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs ist auch aus diesem Grund abzuweisen.

#### IV.

42. Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die KESB die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes (Art. 307 Abs. 1 ZBG).

Kann der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden, so hat die KESB es den Eltern oder, wenn es sich bei Dritten befindet, diesen wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen (Art. 310 Abs. 1 ZGB). Die dem Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts zu Grunde liegende Gefährdung des Kindeswohls muss darin liegen, dass das Kind in der elterlichen Obhut nicht so geschützt und gefördert wird, wie es für seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung nötig wäre. Massgebend für den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die Fremdplatzierung ist, dass diese Vorkehr das richtige Mittel zur Verwirklichung des Zieles ist, d.h. die Unterbringung (z.B. in einer Pflegefamilie) muss besser als jene beim bisherigen Obhutsinhaber Gewähr dafür bieten, dass das Kind in seiner Entfaltung geschützt und gefördert wird (vgl. Urteile des Bundesgerichtes 5A\_322/2014 vom 14. Juli 2014 E. 2 und 5C.132/2006 vom 18. September 2006 E. 3.1).

Alle Kindesschutzmassnahmen müssen erforderlich sein (Subsidiarität) und es ist immer die mildeste Erfolg versprechende Massnahme anzuordnen (Proportionalität). Diese sollen elterliche Bemühungen nicht ersetzen, sondern ergänzen (Kom-

plementarität; Urteil des Bundesgerichts 5A\_615/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 2.2). Der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist somit nur zulässig, wenn andere Massnahmen ohne Erfolg geblieben sind oder von vornherein als ungenügend erscheinen, um die Gefährdung abzuwenden (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 5A\_401/2015 vom 7. September 2015 E. 5.2; BREITSCHMID, in: Basler Kommentar zum ZGB, 6. Aufl. 2018, N. 4 zu Art. 307 ZGB).

43. Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass D.\_\_\_\_\_ persönlich an der Anhörung bei der Vorinstanz vom 28. Januar 2020 als auch gegenüber seiner Anwältin klar und deutlich zum Ausdruck gebracht habe, dass er bei seiner Mutter bleiben wolle. Es gebe keinen Grund, von den Wünschen von D.\_\_\_\_\_ abzuweichen. Die Schilderungen des Kindsvaters am Telefon seien von der KESB nicht abgeklärt, und D.\_\_\_\_\_ sei dazu nicht angehört worden. Die Erziehungsfähigkeit des Kindsvaters sei völlig ungenügend bzw. gar nicht abgeklärt worden. Dieser habe mit Drogen zu tun; eine Verurteilung wegen Verstosses gegen Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG; SR 812.121) sei aktenkundig. Die Platzierung des Kindes beim nichtsorgeberechtigten Vater entspreche deshalb nicht dem Kindeswohl.
44. Den amtlichen Akten lässt sich entnehmen, dass D.\_\_\_\_\_ in einem starken Loyalitätskonflikt gestanden hat und sich weiterhin darin befindet. Auf seine Meinungsäusserung kann deshalb nicht unbesehen abgestellt werden. Zudem hat D.\_\_\_\_\_ gemäss der Rückmeldung der Kindervertreterin den Entscheid der KESB akzeptiert und erachtet die Situation als für ihn gut. Er wünscht sich, dass langfristig Ruhe einkehrt und das «Gstürm» ein Ende hat.
45. Angefochten ist eine vorsorglich angeordnete Massnahme, was heisst, dass die KESB weitere Abklärungen tätigt. Ob die Besorgnis der Mutter zur (mangelnden) Erziehungsfähigkeit des Kindsvaters begründet ist, wird in diesem Zusammenhang zu klären sein. Die aktuellen Beobachtungen lassen keine Gefährdung des Kindes durch die väterliche Betreuung erkennen. Zwischen Mutter und Kind bestehen gemäss der Kindsvaterin weiterhin Kontakte. D.\_\_\_\_\_ besucht nun wieder die Schule (K.\_\_\_\_\_), nachdem es der Kindsmutter trotz langer und intensiver behördlicher Unterstützung nicht gelungen war, die nötigen Schritte zur Wiederbeschulung umzusetzen. Zudem wurde eine Familienbegleitung installiert, welche bei Bedarf intervenieren würde.
46. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde auch im Eventualantrag als unbegründet, womit sie vollumfänglich abzuweisen ist.

## V.

47. Im Verfahren betreffend Kindesschutzmassnahmen werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 70 Abs. 3 Bst. d KESG).
48. Die Frage des Parteikostenersatzes richtet sich nach dem Unterliegerprinzip (Art. 70 Abs. 1 KESG i.V.m. Art. 108 Abs. 3 VRPG). Bei diesem Ausgang des Ver-

fahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat damit ihre eigenen Parteikosten zu tragen und dem Beschwerdegegner die Parteikosten zu ersetzen.

Der Parteikostenersatz des Beschwerdegegners wird gestützt auf die Kostennote seines Rechtsvertreters (pag. 85), welche angemessen erscheint, auf CHF 1'750.00 zuzüglich Auslagen von CHF 50.10 und Mehrwertsteuer von 7.7% (CHF 138.60), total CHF 1'938.70 taxiert.

49. Fürsprecherin E.\_\_\_\_\_ wurde von der Vorinstanz mit Entscheid vom 13. November 2019 in Anwendung von Art. 314a<sup>bis</sup> ZGB als Kindsvertreterin eingesetzt. Die Einsetzung als Kindsvertreterin umfasst die Befugnis zur Vertretung des Kindes im Rechtsmittelverfahren (Art. 314a<sup>bis</sup> Abs. 3 ZGB). Für die Festsetzung der Höhe der auszurichtenden Entschädigung bleibt die Vorinstanz als einsetzende Behörde zuständig (Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Art. 37 KESG). Das Kindes- und Erwachsenengericht ist für die Festsetzung der Entschädigung nur zuständig, wenn es selbst für das Rechtsmittelverfahren eine Verfahrensbeiständin oder einen Verfahrensbeistand eingesetzt hat.

Die Kostennote von Fürsprecherin E.\_\_\_\_\_ wird deshalb an die Vorinstanz weitergeleitet, um die für das Beschwerdeverfahren auszurichtende Entschädigung festzusetzen und auszurichten.

50. Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf einen Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 3 VRPG).

### **Das Gericht entscheidet:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Aufwand der Kindsvertreterin, Fürsprecherin E.\_\_\_\_\_, für das Beschwerdeverfahren ist von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Mittelland Süd zu entschädigen. Die Honorarnote der Kindsvertreterin wird der KESB weiterleitet.
4. Die Beschwerdeführerin hat dem Beschwerdegegner für das Verfahren vor dem Kindes- und Erwachsenenschutzgericht einen Parteikostenersatz von CHF 1'938.70 zu bezahlen.
5. Zu eröffnen:
  - der Beschwerdeführerin
  - dem Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_
  - der Vorinstanz
  - der Kindsvertreterin Fürsprecherin E.\_\_\_\_\_

#### **Mitzuteilen:**

- dem Kantonalen Jugendamt, Gerechtigkeitsgasse 81, 3011 Bern
- der Gemeinde N.\_\_\_\_\_, Abteilung Kindes- und Erwachsenenschutz

Bern, 16. Juni 2020

Im Namen des Kindes- und  
Erwachsenenschutzgerichts

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

Die Gerichtsschreiberin:

von Hünerbein

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung 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; SR 173.110) geführt werden. Dabei kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden, wobei die Rüge zu begründen ist (Art. 98 BGG, Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Art. 95, 97 und 105 Abs. 2 BGG gelangen nicht zur Anwendung. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

**Hinweis:** Gegen diesen Entscheid ist kein Rechtsmittel an das Bundesgericht erhoben worden.