

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2014.5 vom 26. Mai 2014**

BS Appellationsgericht, 2014-05-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2014.5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2014.5)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2014.5 du 26 mai 2014

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2014.5 del 26 maggio 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegenstand des angefochtenen Entscheids ist die Regelung des Getrenntlebens durch das Einzelgericht in Familiensachen und mithin eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 176 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210). Dieser ist gemäss Art. 308 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) mit Berufung anfechtbar. Über vorsorgliche Massnahmen nach den Artikeln 172■179 ZGB ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 271 lit. a ZPO). Die vorliegende Berufung ist unter Einhaltung der Anforderungen gemäss Art. 311 ZPO rechtzeitig innert der Frist von zehn Tagen gemäss Art. 314 Abs. 1 ZPO eingereicht worden. Auf das Rechtsmittel ist demzufolge einzutreten. Gemäss § 10 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 9 Abs. 3 Ziff. 1 lit. c des Gesetzes über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO, SG 221.100) ist zu deren Beurteilung der Ausschuss des Appellationsgerichts zuständig. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

Bei Entscheiden über die Zuteilung der elterlichen Obhut und den Kinderunterhalt, wie sie vorliegend im Rahmen eines gerichtlichen Eheschutzverfahrens gemäss Art. 296 ZPO zur Diskussion stehen, kommen die Offizial- und die Untersuchungsmaxime zur Anwendung. Die Untersuchungsmaxime verlangt, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht, während die Offizialmaxime es verpflichtet, unabhängig von Parteianträgen eine angemessene Entscheidung zu treffen (Büchler/Wirz, FamKommentar Scheidung, 2. Aufl., Bern 2011, Art. 133 ZGB N 12). Dabei ist das Gericht nicht auf die in der ZPO vorgesehenen Beweismittel beschränkt; vielmehr wird auch der sog. Freibeweis zugelassen (Rosch, Bedeutung und Standards von sozialarbeiterischen Gutachten, AJP 2/2012, S. 173 ff., S. 175). Ein Gutachten muss nur dann eingeholt werden, wenn es als einzig taugliches Beweismittel erscheint (Steck, Basler Kommentar ZPO, Basel 2010, Art. 296 ZPO N 19).

### **E. 2**

2.1 Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist zur Hauptsache die Regelung der elterlichen Obhut über die mittlerweile 6½-jährige Tochter E\_\_\_\_\_, die zur Zeit den Kindergarten besucht und Mitte August 2014 eingeschult werden wird. Im Verlauf des Eheschutzverfahrens ist die Möglichkeit einer geteilten Obhut der Parteien diskutiert worden. Da sich diese jedoch nicht darauf verständigen konnten und somit kein entsprechender gemeinsamer Antrag vorlag, lehnte das Einzelgericht in Familiensachen eine geteilte Obhut der Eltern ab (vgl. dazu BGer 5A\_457/2011 vom 13. September 2011 E. 3.3; 5P.345 vom 23. Dezember 2005 E. 3.3; 5C.42/2001 vom 18. Mai 2001 E. 3; Löttscher/Wullschleger, Aus der Praxis des Einzelgerichts in Familiensachen Basel-Stadt, BJM 2008 S. 12). Im Einzelnen wies die Vorinstanz darauf hin, dass sich die Ehefrau

anlässlich der ersten Verhandlung vom 27. August 2013 einer geteilten Obhut gegenüber noch aufgeschlossen gezeigt, jedoch eine solche in der Folge aufgrund der angespannten Situation unter den Eltern als nicht kindgerecht beurteilt habe. Sie habe auch geäußert, kein Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Ehemanns zu haben. Schliesslich habe sie das Kind ohne vorgängige Absprache mit dem Ehemann und während der laufenden Beratung durch den KJD vom Kindergarten in Basel ab- und neu in Allschwil angemeldet. Dies zeige, dass die Ehegatten aktuell nicht in der Lage seien, solche Entscheide gemeinsam zu treffen. Nach anschliessender Prüfung der familiären Situation fällte daher das Einzelgericht den Entscheid, die elterliche Obhut dem Ehemann bzw. Vater zuzuweisen.

2.2 Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, hat das Gericht den Entscheid über die Zuteilung der elterlichen Obhut und den Aufenthaltsort des Kindes getrennt lebender Eltern gemäss konstanter höchstrichterlicher Rechtsprechung am Kindeswohl auszurichten, womit diesem Gesichtspunkt vorrangige Bedeutung zukommt (BGE 129 II 250 E. 3.4.2 S. 255; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes [KRK, SR 0.107]). Die Interessen der Eltern haben dahinter zurückzutreten (BGE 131 III 209 E. 5 S. 212; 130 III 585 E. 2.1 S. 588; BGer 5A\_319/2013 vom 17. Oktober 2013 E. 2.1). Ein früher teilweise angenommener grundsätzlicher Vorrang der Mutter bei der Kinderzuteilung ist mittlerweile überholt (BGE 117 II 353 E. 4a S. 356; AGE ZB.2011.20 vom 4. Oktober 2011 E. 3.2). Die Kriterien für die Zuteilung der Obhut sind, wie auch bei der Zuteilung der elterlichen Sorge, die erzieherischen Fähigkeiten der Eltern, die Art und Qualität der persönlichen Beziehung zum Kind sowie die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse mitsamt der Möglichkeit, das Kind in eigener Obhut zu betreuen. Vor allem grundschulpflichtige Kinder sind primär jenem erziehungsfähigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und Bereitschaft zeigt, sie persönlich zu betreuen. Bei ungefähr gleicher Erziehungsfähigkeit erhält die örtliche und familiäre Stabilität besonderes Gewicht. Die Einbettung des Kindes in Beziehungen zu weiteren Familienangehörigen kann ebenfalls ausschlaggebend sein, wobei nach gefestigter Praxis Geschwister in der Regel nicht voneinander zu trennen sind, sofern nicht ■ wie hier ■ besondere Verhältnisse oder diesbezügliche Wünsche der Beteiligten bestehen. Die Interessen der Eltern und ihre gegenseitigen emotionalen Widerstände haben in den Hintergrund zu treten; dennoch ist das Verhältnis zwischen den Eltern insofern von Bedeutung, als im Zweifelsfall demjenigen Elternteil der Vorzug zu geben ist, bei welchem die Bereitschaft grösser ist, dem Kind den Kontakt zum anderen Elternteil zu ermöglichen. Ein Elternteil ist zur Alleinerziehung wenig geeignet, wenn er dem anderen dramatisch überzogene Vorwürfe macht (AGE ZB.2012.21 vom 21. August 2012 E. 3.2, ZB.2012.36 vom 29. Januar 2013 E. 3.1). Schlussendlich hat die Zuteilung in Würdigung aller für das Kindeswohl im konkreten Fall wichtigen Umstände zu erfolgen. Einem vom Kind ausgedrückten Zuteilungswunsch kommt entscheidende Bedeutung zu, wenn dieses aufgrund seines Alters und Entwicklungsstands eine feste Absicht entwickeln kann und der Wunsch eine emotionale Bindung zum genannten Elternteil widerspiegelt (vgl. zum Ganzen: BGE 136 I 178 E. 5.3 S. 180; BGer 5A\_319/2013 vom 17. Oktober 2013 E. 2.1; Bächler/Wirz, a.a.O., Art. 133 ZGB N 3 ff.; Lötscher/Wullschleger, a.a.O., S. 11 f.; Dolder/Diethelm, Eheschutz [Art. 175 ff. ZGB] ■ ein aktueller Überblick, AJP 2009 S. 665).

2.3 Vorliegend hat das Einzelgericht in Familiensachen grundsätzlich beiden Eltern eine gute Beziehung zu E\_\_\_\_\_ attestiert und auch ihre Erziehungsfähigkeit nicht in Zweifel gezogen. Daran könnten auch die diversen, immer wieder anders gearteten und teilweise

wieder relativierten Vorwürfe der Ehefrau gegenüber dem Ehemann nichts ändern, zumal er während des ehelichen Zusammenlebens aufgrund ihres relativ hohen Arbeitspensums die Kinder über Jahre hinweg zumindest tagsüber weitgehend alleine betreut habe. Des Weiteren erwog das Einzelgericht, dass der Ehemann als IV-Rentner wohl eher in der Lage sein werde, das Kind selbst zu betreuen, was aber für sich allein noch nicht als ausschlaggebend betrachtet wurde. Auch in Bezug auf die Frage der Einschulung ergaben sich für die Vorinstanz keine wesentlichen Gesichtspunkte, da diese sowohl in Basel am Wohnort des Vaters als auch in Allschwil bei der Mutter erfolgen könne. Als entscheidend erachtet wurde jedoch die Beurteilung der Kooperationsfähigkeit und ■bereitschaft der beiden Elternteile: Der Ehemann habe mit seinem Antrag auf eine geteilte Obhut seinen Willen zur Zusammenarbeit mit der Ehefrau in Kinderbelagen gezeigt. Er habe auch gegenüber dem KJD signalisiert, an der Weiterführung der Beratung und der Erarbeitung einer einvernehmlichen Lösung interessiert zu sein. Demgegenüber sei bei der Ehefrau in den letzten Monaten wenig Bereitschaft zur Zusammenarbeit mit dem Ehemann erkennbar geworden. Sie habe die Beratung nicht weiterführen wollen. Auch wenn das Anstreben einer raschen Entscheidung mit Stabilität für das Kind nachvollziehbar sei, so zeige ihr gesamtes Verhalten, dass sie nicht gewillt sei, zum Wohl des Kindes Zugeständnisse zu machen. Sie habe das Kind, ohne Inhaberin der alleinigen elterlichen Obhut zu sein, ohne Absprache mit dem Ehemann und ohne Thematisierung beim KJD aus dem Kindergarten in Basel herausgenommen und in Allschwil angemeldet. Schliesslich habe sie dem Ehemann im Dezember 2013 gedroht, E\_\_\_\_\_ ■nicht mehr herauszugeben■ und dessen zuvor ausgedehntes Besuchsrecht von sich aus faktisch auf einen minimalen Kontakt reduziert. All dies zeige, dass sie bei der Zuteilung der elterlichen Obhut umso weniger bereit wäre, den Kindsvater in ihre Entscheidungsfindung einzubeziehen. Der Ehemann habe sich demgegenüber zurückgenommen und die ihm von der Ehefrau diktierten Spielregeln akzeptiert. Er habe auch klar signalisiert, dass die Mutter die Tochter bei einer Obhutzuteilung an ihn regelmässig und oft sehen solle. Mit einem solchermassen ausgedehnten Besuchsrecht habe E\_\_\_\_\_ die Möglichkeit, ihre enge Beziehung zu beiden Elternteilen aufrecht zu erhalten. Dies rechtfertige die Zuteilung der elterlichen Obhut für das Kind an den Ehemann.

#### **E. 2.4**

2.4.1 Im Anschluss an diesen erstinstanzlichen Entscheid haben sich die Parteien über den Aufenthalt von E\_\_\_\_\_ offensichtlich besser verständigen können und eine Regelung vereinbart, wonach sie ihre jüngste Tochter zu gleichen Teilen betreuen. Demnach lebt das Kind nun wochenweise einmal beim Vater und einmal bei der Mutter, wobei es entsprechend der Verfügung des Instruktionsrichters vom 2. April 2014 weiterhin den Kindergarten in Allschwil besucht. Wie anlässlich der Kindesanhörung erkennbar geworden ist, scheint diese Regelung den Bedürfnissen von E\_\_\_\_\_ zu entsprechen, und auch ihre dabei als Begleitperson anwesende Schwester D\_\_\_\_\_ schätzt die getroffene Lösung als positiv für E\_\_\_\_\_ ein. Schliesslich haben sich auch beide Eltern in der Verhandlung des Appellationsgerichts mit einer in diesem Sinne geteilten Obhut einverstanden erklärt, so dass nun im Gegensatz zum erstinstanzlichen Verfahren diesbezüglich ein übereinstimmender Antrag vorliegt. Es kann daher erwartet werden, dass die Parteien künftig in der Lage sein werden, sich über die Belange ihrer jüngsten Tochter zu verständigen. Da zudem gemäss den unbestrittenen Feststellungen des Einzelgerichts in Familiensachen beide Elternteile eine enge gegenseitige Beziehungen zu E\_\_\_\_\_ haben und ihnen auch eine gute Erziehungsfähigkeit attestiert werden kann, ist nunmehr eine geteilte

Obhut unter Berücksichtigung des Kindeswohls als richtig zu erachten.

2.4.2 Auch in Bezug auf den Ort des Schulbesuchs von E\_\_\_\_\_ haben sich die Parteien einigen können, indem sie den Vorschlag des Appellationsgerichts, die Einschulung am Wohnort des Berufungsbeklagten in Basel vorzunehmen, angenommen haben.

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass sich eine Einschulung in Allschwil keineswegs aufdrängt, auch nicht im Interesse der Erhaltung stabiler Strukturen für das Kind. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Berufungsklägerin ihre jüngste Tochter erst im Januar 2014 in Allschwil in den Kindergarten geschickt hat, nachdem diese zuvor während 1½ Jahren in Basel den Kindergarten besucht hatte. Wie aus der Notiz über die Kindesanhörung des Instruktionsrichters hervorgeht, erinnert sich E\_\_\_\_\_ auch durchaus noch an die Kindergarten-■Gschpäni■ von früher und freut sich, wenn sie diese beim Spielen in der Nähe der Wohnung des Vaters wieder sieht. Es kann daher keine Rede davon sein, dass für E\_\_\_\_\_ mit der Einschulung in Basel eine seit langem bestehende Kontinuität gebrochen würde. Davon abgesehen besteht kein Zweifel, dass die Einschulung an sich, unabhängig vom Schulort, immer eine grundlegend neue Situation für die betroffenen Kinder sowie ihre Eltern und damit in jedem Fall eine grosse Herausforderung darstellt. Im Übrigen bestünde vorliegend angesichts der völlig unklaren beruflichen Situation der Berufungsklägerin auch keinerlei Garantie, dass E\_\_\_\_\_ mit den neu gewonnenen Freundinnen aus dem Allschwiler Kindergarten in die Primarschule würde wechseln können. Die Berufungsklägerin wird nämlich mit grosser Wahrscheinlichkeit die Wohnung am [...]weg in Allschwil mit einem Mietzins von CHF 2'635.■ brutto nicht behalten können. Sollte sie nach ihrem, wie sie vorbringt, krankheitsbedingten Stellenverlust durch die Sozialhilfe unterstützt werden müssen, so würde diese keinesfalls derart hohe Mietkosten übernehmen, und auch im Falle der Aufnahme einer neuen Erwerbstätigkeit, bei welcher sie kaum mehr als den früheren Lohn von CHF 3'150.■ verdienen würde, wäre die Wohnung ■ selbst unter Berücksichtigung der vom Berufungsbeklagten zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge ■ viel zu teuer. Dies hat die Berufungsklägerin in der Berufungsverhandlung denn auch anerkannt und ausgeführt, eine günstigere Wohnung zu suchen. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass eine Einschulung von E\_\_\_\_\_ in Allschwil auch im Hinblick auf die Wiederaufnahme einer beruflichen Tätigkeit durch die Berufungsklägerin keineswegs als ideal angesehen werden könnte. Angesichts der örtlichen Verhältnisse würde nämlich das Kind den Schulweg für einige Zeit nicht ohne erwachsene Begleitung zurücklegen können. Nebst der Distanz ist nämlich zu beachten, dass zwischen dem [...]weg und dem Schulhaus an der [...]strasse in Allschwil die ausserordentlich stark befahrene Binningerstrasse überquert werden muss, was für eine Erstklässlerin allein zu gefährlich wäre. Des Weiteren ist auch im Hinblick auf den von der Berufungsklägerin erwähnten Umstand, dass für E\_\_\_\_\_ in Allschwil eine Logopädie in die Wege geleitet worden sei, keine Notwendigkeit eines Verbleibs des Kindes in jener Gemeinde zu erkennen. Abgesehen davon, dass für diese Behauptung ohnehin keinerlei Beleg vorliegt, hat die Sprachförderung unbestrittenermassen noch nicht begonnen und könnte eine solche, sofern notwendig, ohne weiteres auch in Basel durchgeführt werden. Schliesslich spricht auch der bisherige Verlauf des Verfahrens dafür, die Einschulung am Wohnort des Berufungsklägers vorzunehmen. Wie aus den Erwägungen im angefochtenen Urteil hervorgeht, hat die Berufungsklägerin E\_\_\_\_\_ eigenmächtig in Basel ab- und in Allschwil angemeldet und sie dort in einen neuen Kindergarten geschickt. Sie behauptet zwar, dies habe dem Kindeswohl entsprochen, doch hat sie ihre Gründe in keiner Weise konkret und plausibel darlegen können. Sie hat im Gegenteil ihrer Tochter die Anpassung an eine völlig neue Umgebung zugemutet, und

überdies den Kontakt mit dem Vater auf ein Minimum beschränkt. Die Vorinstanz hat ihr daher zu Recht eine mangelnde Kooperationsbereitschaft mit dem Ehemann attestiert, die einer Zuteilung der alleinigen elterlichen Obhut an sie nach wie vor entgegen steht. Würde E\_\_\_\_\_ in Allschwil eingeschult, hätte die Berufungsklägerin erneut die Möglichkeit, ihre Position gegenüber dem Berufungsbeklagten eigenmächtig zu ihren Gunsten zu verstärken und ihm das Kind weitgehend zu entziehen. Aus all diesen Gründen entspricht es dem Kindeswohl, E\_\_\_\_\_ am Wohnort des Vaters in Basel einzuschulen, und demzufolge soll sich dort der Wohnsitz des Kindes befinden. Dabei wird es Sache der Parteien sein, für stabile Verhältnisse im Zusammenhang mit dem Schulbesuch zu sorgen. Das heisst, dass auch der Berufungsbeklagte im Falle eines ■ gemäss seiner Aussage in der zweitinstanzlichen Verhandlung in Aussicht genommenen ■ Umzugs darauf zu achten haben wird, dass damit kein Schulwechsel für E\_\_\_\_\_ verbunden sein wird.

2.5 Zusammenfassend sollen daher die Parteien entsprechend ihren übereinstimmenden Erklärungen in der zweitinstanzlichen Verhandlung die Obhut über ihre jüngste Tochter E\_\_\_\_\_ gemeinsam ausüben, mit alternierender wöchentlicher Betreuung. Der Wohnsitz des Kindes befindet sich beim Vater im Kanton Basel-Stadt, wo auch die Einschulung im August 2014 stattfinden soll. Der Mutter wird empfohlen, sich in der Nähe der Schule eine Wohnung zu suchen. Dazu hat sie sich in der Verhandlung des Appellationsgerichts in begrüssenswerter Weise denn auch bereit erklärt. In diesem Sinne ist der angefochtene Entscheid an die veränderten Verhältnisse anzupassen. Die in erster Instanz angeordnete Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft für E\_\_\_\_\_ ist mit der Berufung nicht angefochten worden. Entsprechend der neuen Obhutsregelung wird der inzwischen eingesetzte Beistand G\_\_\_\_\_ vom KJD die Eltern bei der konkreten Ausgestaltung der geteilten Obhut begleiten und soweit nötig eine Regelung für Einzelheiten treffen.

### **E. 3**

3.1 Das Einzelgericht in Familiensachen hat den Berufungsbeklagten zur Zahlung eines monatlichen Unterhaltsbeitrags von CHF 1'600.■ verurteilt, wovon CHF 1'125.■ (Kinderrente) für E\_\_\_\_\_ und CHF 475.■ für die Ehefrau bestimmt wurden. Dieser Betrag wurde auf Grundlage eines Renteneinkommens des Berufungsbeklagten von netto CHF 5'530.■ und einem durchschnittlichen Nettoeinkommen der Berufungsklägerin von CHF 3'150.■ (bei einem seit Herbst 2013 von 80% auf 60% reduzierten Pensum) festgelegt. Dabei wurde die an den Berufungsbeklagten ausgerichtete Kinderrente für C\_\_\_\_\_ von CHF 1'124.40 nicht miteinbezogen, da ihr diese seit Erreichen der Volljährigkeit am [...] 2014 persönlich zusteht. Während sich das Renteneinkommen des Berufungsbeklagten nicht verändert hat, macht die Berufungsklägerin in zweiter Instanz geltend, dass sie seit Beginn des Jahres 2014 krankgeschrieben sei, weil sie die Situation in Zusammenhang mit der Trennung psychisch schwer belastet habe. Aufgrund der langen Krankheitszeit habe die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit ihr nun per Ende Mai 2014 aufgelöst. Sie sei daher arbeitslos und habe kein Einkommen mehr, weshalb sie sich bereits bei der Sozialhilfe der Gemeinde Allschwil angemeldet habe. In Bezug auf die Bedarfsberechnung der beiden Parteien ist gegenüber dem erstinstanzlichen Entscheid ebenfalls eine Änderung zu berücksichtigen, indem nach den obigen Erwägungen die Obhut über die jüngste Tochter nicht mehr dem Berufungsbeklagten allein zusteht, sondern von den Parteien gemeinsam ausgeübt werden soll. Dementsprechend haben sie für Pflege, Ernährung und Kleider für das Kind je zur Hälfte zu sorgen, weshalb bei der Berechnung der Existenzminima der Parteien für E\_\_\_\_\_ jeweils die Hälfte des Grundbetrags, d.h. je

CHF 200.■, zu berücksichtigen ist. Die Krankenkassenprämien für E\_\_\_\_\_ sind vom Berufungsbeklagten zu bezahlen, und bei grösseren Anschaffungen, wie z.B. einem Wintermantel, müssen sich die Parteien verständigen.

3.2 Das Existenzminimum des Berufungsbeklagten setzt sich zusammen aus dem Grundbetrag für ihn selbst von CHF 1'350.■ und der Hälfte des Grundbetrags für E\_\_\_\_\_ von CHF 200.■, den gegenüber dem erstinstanzlichen Entscheid unveränderten Mietkosten von CHF 1'333.■ (ohne Anteil von C\_\_\_\_\_), den Krankenkassenprämien von CHF 411.25 für ihn selbst und für E\_\_\_\_\_ von CHF 108.75 (ohne Anteil der Berufungsklägerin), den Kosten für das U-Abo für IV-Rentner von CHF 59.■ und den Kosten für eine obligatorische Versicherung von CHF 40.■. Das ergibt einen Betrag von CHF 3'502.■. Hinzu kommen die Steuern von monatlich ca. CHF 180.■. Demnach beläuft sich der Bedarf des Berufungsbeklagten auf total CHF 3'682.■, was beim erwähnten Einkommen von CHF 5'530.■ einen Überschuss von CHF 1'848.■ ergibt. Dies bildet den Maximalbetrag, den der Berufungsbeklagte als Unterhaltsbeitrag bezahlen kann.

Das Existenzminimum der Berufungsklägerin ist wie folgt zu berechnen: Grundbeträge von total CHF 2'150.■ (CHF 1'350.■ für sie selbst, CHF 600.■ für die Tochter D\_\_\_\_\_, CHF 200.■ hälftiger Anteil für die Tochter E\_\_\_\_\_), anrechenbare Wohnkosten von CHF 1'835.■, Krankenkassenprämien von CHF 398.■ für sie selbst und CHF 105.■ für D\_\_\_\_\_, Kosten für U-Abo für sich und D\_\_\_\_\_ von total CHF 118.■, Kosten für eine obligatorische Versicherung von CHF 40.■ sowie Krankheitskosten von CHF 68.■. Dies ergibt eine Summe von CHF 4'714.■, so dass sich bei einem vom Berufungsbeklagten zu bezahlenden Unterhaltsbeitrag von CHF 1'848.■ ein Fehlbetrag von CHF 2'866.■ ergibt. Angesichts dieser Unterdeckung kann die Richtigkeit der Berücksichtigung eines vom neuen Partner der Berufungsklägerin zu übernehmenden Mietanteils von CHF 800.■ offen bleiben. Diesbezüglich hat sie in der Berufungsverhandlung behauptet, der Partner wohne nicht mehr bei ihr, sondern habe sich nach Basel abgemeldet, wofür sie allerdings jeden Beweis schuldig geblieben ist. Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass bei den gegebenen finanziellen Verhältnissen ohnehin nicht die vollen Mietkosten von CHF 2'635.■ für die Berechnung des Unterhaltsanspruchs miteinbezogen werden könnten. Des Weiteren braucht auch nicht entschieden zu werden, ob der Berufungsklägerin aufgrund ihrer früheren Berufstätigkeit ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden müsste. Da ihr angesichts des Alters der beiden Töchter, welche ganz (D\_\_\_\_\_) bzw. teilweise (E\_\_\_\_\_) unter ihrer Obhut stehen, eine Erwerbstätigkeit bloss im Umfang von 50% zugemutet werden kann, dürfte sie angesichts des zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheids erzielten Lohnes von CHF 3'150.■ nicht mehr verdienen können als es dem erwähnten Fehlbetrag von CHF 2'866.■ entspricht. Damit kann unter diesem Gesichtspunkt keine Reduktion des vom Berufungsbeklagten zu bezahlenden Unterhaltsbeitrags erfolgen. Dieser beträgt demnach CHF 1'848.■, wobei CHF 1'125.■ Kinderrente für die Tochter D\_\_\_\_\_ und CHF 723.■ für die Ehefrau bestimmt sind.

#### **E. 4**

4.1 Vor der ersten Verhandlung des Einzelgerichts in Familiensachen hat die damalige Rechtsvertreterin der Berufungsklägerin für diese mit Eingabe vom 19. August 2013 die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung beantragt. Im anschliessenden Entscheid des Einzelgerichts vom 27. August 2013 wurde das Getrenntleben bestätigt und eine vorläufige Unterhaltsregelung getroffen sowie die Ladung der Kinder in eine richterliche Anhörung angeordnet, jedoch der erwähnte Antrag nicht thematisiert. In der weiteren

Verhandlung vom 15. Oktober 2013, in welcher keine Einigung über die Obhutsfrage in Bezug auf E\_\_\_\_\_ erzielt werden konnte und eine diesbezügliche Beratung durch den KJD angeordnet wurde, verfügte das Einzelgericht, dass der Kostenentscheid zu einem späteren Zeitpunkt erfolge. In der Folge hat die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 10. Dezember 2013 durch ihre damalige Rechtsvertreterin ein Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Direktlohnanweisung an das Einzelgericht in Familiensachen gestellt, weil der Ehemann die Unterhaltsbeiträge nie rechtzeitig per Ende Monat, sondern immer nur auf mehrfache Mahnung hin bezahle. Ferner hat sie um Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge an sie und die Kinder ersucht, dies nach Kenntnis der definitiven Obhutzuteilung für E\_\_\_\_\_ und zwar rückwirkend ab 1. Oktober 2013. In Bezug auf die Kosten wurde beantragt, diese seien auf das Hauptverfahren zu verlegen. Nachdem der Berufungsbeklagte nachgewiesen hatte, dass er seine IV-Rente jeweils erst Anfang Monat ausbezahlt erhält und daher vorher keine Überweisung der Unterhaltsbeiträge möglich ist, wies das Einzelgericht in Familiensachen das Gesuch um Direktlohnanweisung mit Entscheid vom 16. Dezember 2013 ab. Ferner wurde der Antrag beider Ehegatten auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen. Zur Begründung wurde auf das Eigentum der Ehegatten an einer Liegenschaft in Frankreich hingewiesen, aus deren geplante Verkauf ein Überschuss von rund CHF 188'000.■ bzw. nach Abzug von weiteren geltend gemachten Schulden von rund CHF 160'000.■ zu erwarten sei, weshalb ausreichende Vermögenswerte für die Prozessführung vorhanden seien. Dieser Entscheid blieb trotz entsprechender Rechtsmittelbelehrung unangefochten. Auch erfolgte im weiteren Verlauf des Eheschutzverfahrens kein neues Begehren um unentgeltliche Rechtspflege. Mit dem vorliegend angefochtenen Entscheid vom 13. Februar 2014 wurden die ordentlichen Kosten des Verfahrens den Parteien je zur Hälfte auferlegt und die ausserordentlichen Kosten wettgeschlagen.

4.2 Dieser Kostenentscheid wird mit der Berufung angefochten mit der Begründung, dass der Berufungsklägerin damit zu Unrecht die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung verweigert worden sei. Entgegen der Auffassung des Einzelgerichts in Familiensachen habe sich nämlich die Abweisung des entsprechenden Antrags durch den Entscheid vom 16. Dezember 2013 nur auf das damals strittige Begehren um Anordnung einer Direktlohnanweisung bezogen, wohingegen in der Hauptsache erst mit dem Entscheid vom 13. Februar 2014 über die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung entschieden worden sei. Diesbezüglich sei jedoch zu berücksichtigen, dass sich die Liegenschaft in Frankreich erst nach einer deutlichen Reduktion des Verkaufspreises als verkäuflich erwiesen habe und nebst der Tilgung der damit in Zusammenhang stehenden Schulden und Steuern erhebliche Auslagen für den Verkauf, insbesondere Kosten für den Notar sowie für die Regelung der Steuerangelegenheiten in Frankreich, entstanden seien. Dementsprechend resultiere aus dem Verkauf der Liegenschaft entgegen den ursprünglichen Erwartungen kein Gewinn; vielmehr seien im Gegenteil noch hohe Steuerschulden zu befürchten, die weit über den restlichen Erlös hinausgehen könnten.

4.3 Der Argumentation, wonach sich die am 16. Dezember 2013 verfügte Abweisung des Kostenerlassgesuchs nur auf den Antrag und den Entscheid betr. Direktlohnanweisung bezogen habe, kann nicht gefolgt werden. Eine solche Einschränkung geht aus dem betreffenden Entscheid nicht hervor, und die Berufungsklägerin hatte in ihrer Eingabe vom 10. Dezember 2013 auch kein separates Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das betreffende Verfahren gestellt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb das

Einzelgericht ohne entsprechenden Antrag nur für das in Frage stehende Gesuch um Direktlohnanweisung einen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege hätte treffen sollen. Prozessrechtlich müssen sich Antrag und Entscheid entsprechen; d.h. es wird nur entschieden, wenn ein entsprechender Antrag gestellt worden ist. Daraus ist abzuleiten, dass sich der Entscheid des Einzelgerichts vom 16. Dezember 2013, womit die unentgeltliche Rechtspflege verweigert worden ist, auf den in der Eingabe der Berufungsklägerin vom 19. August 2013 gestellten Antrag bezieht, welcher ohne Zweifel für das ganze in den kommenden Monaten folgende Eheschutzverfahren gelten sollte. Die Argumentation der Berufungsklägerin würde bedeuten, dass die Rechtsvertreter bei jedem einzelnen Begehren in einem laufenden Eheschutzverfahren stets ein separates Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellen müssten, jeweils mit Begründung und Einreichung aktueller Unterlagen, worauf das Gericht bei jeder einzelnen Verfügung separat über diese Frage entscheiden müsste. Dies widerspricht nicht nur der Praxis, sondern würde für alle Beteiligten einen grossen, völlig unnötigen Aufwand verursachen.

Unter diesen Umständen besteht kein Zweifel, dass die am 16. Dezember 2013 erfolgte Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege sich auf das ganze laufende Eheschutzverfahren bezogen hat. Wenn die Berufungsklägerin diesen Entscheid trotz entsprechender Rechtsmittelbelehrung nicht angefochten hat, so kann sie die folgerichtig mit dem Entscheid vom 13. Februar 2014 erfolgte Kostenaufgabe nicht mehr beanstanden mit dem Einwand, dass sie Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gehabt hätte. Diese Frage ist mit dem Entscheid des Einzelgerichts vom 16. Dezember 2013 rechtskräftig entschieden worden, wohingegen der vorliegende Kostenentscheid nur noch die Verteilung der Prozesskosten unter den Parteien sowie die Höhe der Gerichtsgebühr beinhaltet. Gegen diese Punkte erhebt die Berufungsklägerin aber keine Einwände.

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