

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.32 vom 1. Februar 2018

BS Appellationsgericht, 2018-02-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2017.32

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.32 du 1 février 2018

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.32 del 1 febbraio 2018

Erwägungen

E. 1

1.1 Gegenstand des angefochtenen Entscheids ist die Regelung des Getrenntlebens durch das Einzelgericht in Zivilsachen und mithin eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 176 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210). Dieser Entscheid ist gemäss Art. 308 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) mit Berufung anfechtbar. In erster Linie sind die Zuteilung der Obhut über das gemeinsame Kind und daraus folgend dann auch die Zuteilung der ehelichen Wohnung und die Höhe der vom Berufungsbeklagten der Berufungsklägerin gegebenenfalls für C_____ zu leistenden Unterhaltsbeiträge umstritten. In nicht vermögensrechtlichen Fällen besteht für die Berufung kein Streitwertfordernis; in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dieser Streitwert ist vorliegend angesichts der im Streit stehenden Unterhaltsbeiträge erfüllt (vgl. Art. 92 Abs. 2 ZPO). 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 grundsätzlich einzutreten. Gemäss § 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ist zur Beurteilung der Berufung das Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

1.2 Für Eheschutzverfahren im Anwendungsbereich von Art. 271 ZPO gilt die eingeschränkte respektive soziale Untersuchungsmaxime (Art. 271 lit. a in Verbindung mit Art. 272 ZPO; Sutter-Somm/Hostettler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Art. 272 ZPO N 12; Bähler, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2017, Art. 272 N 1). In Bezug auf die Kinderbelange gelten demgegenüber die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und die Officialmaxime (Art. 296 ZPO; dazu Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Art. 296 N 1 ff.; vgl. auch Bähler, a.a.O., Art. 272 N 1).

E. 1.3

1.3.1 Nach Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden. Ein Entscheid aufgrund der Akten ohne Durchführung

einer Berufungshauptverhandlung kommt dann in Frage, wenn die Sache spruchreif ist. In Summarverfahren ist zwar regelmässig von der Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung abzusehen (vgl. dazu Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Art. 314 N 13 und Art. 316 N 7). Vorliegend geht es allerdings in erster Linie um Kinderbelange. Somit herrschen insoweit Untersuchungsgrundsatz und Officialmaxime; der Sachverhalt ist von Amtes wegen abzuklären. Unter diesen Umständen drängt sich die Durchführung einer Berufungsverhandlung auf, an welcher zur Frage der Obhutszuteilung ein unterdessen pensionierter Sozialarbeiter des KJD, der Suchtberater der Berufungsklägerin und die aktuelle Beiständin von C_____ befragt werden (vgl. Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 316 N 19).

1.3.2 Die Berufungsklägerin ist trotz ordentlicher Vorladung und Hinweis auf die Säumnisfolgen und entgegen ihrer Erscheinungspflicht (Art. 273 Abs. 2 ZPO) nicht zur Verhandlung erschienen. Es ist somit aufgrund der Akten und der Vorbringen der anwesenden Partei zu entscheiden (Art. 234 Abs. 1 ZPO; vgl. Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 316 N 30 f.). Wie erwähnt herrschen in Bezug auf die Kinderbelange Untersuchungsgrundsatz und Officialmaxime; der Sachverhalt ist insoweit somit, unabhängig vom Erscheinen der Berufungsklägerin, von Amtes wegen abzuklären.

Daran ändert nichts, dass die Berufungsklägerin offenbar gegenüber der Beiständin und insbesondere gegenüber ihrem Suchtberater geäussert habe, sie wolle die Berufung nicht mehr, respektive ■ dass sie die Situation so akzeptiert, wie sie ist ■ (Protokoll Berufungsverhandlung S. 5, 2). Dem Gericht liegt keine von ihr oder ihrem vormaligen Vertreter unterzeichnete Rückzugserklärung vor.

E. 1.4

1.4.1 Die Berufungsklägerin hat beantragt, dass ihr vorehelicher Sohn D_____ sowie die gemeinsame Tochter C_____ im Rahmen des Berufungsverfahrens angehört werden.

Das Kind ist in gerichtlichen Verfahren, in denen Kinderbelange zu regeln sind, anzuhören, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen (vgl. Art. 314a ZGB, Art. 298 ZPO). Das Bundesgericht geht im Sinne einer Richtlinie davon aus, dass die Kindesanhörung ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich ist (vgl. BGE 133 III 553 E. 1.2.3 S. 557; BGer 5A_724/2015 vom 2. Juni 2016 E. 4.4; Schweighauser, a.a.O., Art. 298 N 29; Michel/Steck, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2017, Art. 298 N 26).

1.4.2 C_____ ist im [...] 2018 8 Jahre alt geworden und könnte ■ und sollte ■ somit grundsätzlich angehört werden. Auf ihre Anhörung wird indes verzichtet. Zum einen handelt es sich vorliegend um ein Eheschutzverfahren, in welchem es erst um die vorsorgliche Regelung der Trennung geht. Im Rahmen des eigentlichen Scheidungsverfahrens wird sie gegebenenfalls in geeigneter Form anzuhören sein. Zum andern ergibt sich aus den Akten, dass C_____ in der Vergangenheit psychische Auffälligkeiten in Form eines elektiven Mutismus gezeigt hat, was einen teilstationären Aufenthalt in der Kinder- und Jugendpsychiatrischen Klinik von Oktober 2015 bis Juli 2016 erforderlich gemacht hat (vgl. Berichte Einleitung eines standardisierten Abklärungsverfahrens Schuljahre 2016/2017, 2017/2018, Bericht Universitäre Psychiatrische Kliniken vom 3. November 2016, Beilagen 4, 5, 6 zur Berufungsantwort; Überweisungsschreiben Kinderärztin Dr. [...] vom 3. März 2017, Eheschutzakten Faszikel

6). Unter diesen Umständen stellt es, wie der Berufungsbeklagte richtig ausführt, für das Kind eine zu grosse Belastung dar, sich vor dem Gericht zu äussern. Es kommt dazu, dass C_____ zu den im Zentrum des Verfahrens stehenden Fragen, insbesondere betreffend Lebensumstände, Verlässlichkeit und Erziehungsfähigkeit der Berufungsklägerin, ohnehin wenig sagen kann. Im Ergebnis wäre von ihrer Anhörung insoweit kein relevanter Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens zu erwarten (vgl. auch BGer 5A_719/2013 E. 4 vom 17. Oktober 2014; 5A 428/2014 vom 22. Juli 2014 E. 6.1; Schweighauser, a.a.O., Art. 298 N 31).

Indes wird die Position von C_____ durch die Beiständin, welche persönlichen Kontakt mit ihr hat und anlässlich der Berufungsverhandlung befragt worden ist, angemessen ins Verfahren eingebracht (vgl. Protokoll Berufungsverhandlung S. 7). Die Beiständin hat im November 2017 ein Gespräch mit dem Kind geführt, welches seine anfängliche Schüchternheit habe überwinden können und sich dann offen und unbeschwert gezeigt habe. In Bezug auf die Trennung der Eltern und auf die Mutter habe C_____ resigniert gewirkt. Sie habe ein schönes gemeinsames Erlebnis mit der Mutter geschildert und sich verärgert und traurig über die Tatsache gezeigt, dass die Mutter zu den Besuchszeiten manchmal nicht erscheine.

1.4.3D_____ ist durch den angefochtenen Entscheid nicht betroffen und somit im Rahmen des vorliegenden Verfahrens auch nicht anzuhören. Festzuhalten ist, dass der Berufungsbeklagte anlässlich der Berufungsverhandlung ein Dokument eingereicht hat, wonach die Berufungsklägerin ihm am 18. Januar 2018 eine Vollmacht erteilt hat, wonach er an ihrer Stelle ■ sie ist die alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge über den nichtgemeinsamen Sohn D_____ ■ die Interessen des Jungen umfassend wahrnehmen und ihn rechtlich vertreten kann.

1.5In der Berufung (Vorbemerkungen zum Verfahren, S. 4) wird gerügt, im vorinstanzlichen Verfahren seien der Untersuchungsgrundsatz verletzt und der Anspruch der Berufungsklägerin auf ein faires Verfahren verletzt worden, weil diese nicht anwaltlich vertreten gewesen sei und ihre Rechte bei der Vorinstanz und beim KJD aufgrund kultureller sowie psychisch und sprachlich bedingter Nachteile nicht wahrnehmen können.

Diese Rüge ist nicht begründet. Die Berufungsklägerin ist im Jahre 2009, mit rund 28 Jahren, in die Schweiz gezogen und lebt seither hier. Es darf davon ausgegangen werden, dass sie sich in den 8 Jahren ihres Aufenthaltes ausreichend mit der Sprache und den hiesigen Gegebenheiten vertraut machen konnte, so dass sie ihre Rechte im Eheschutzverfahren grundsätzlich kennen und wahrnehmen kann. Immerhin hat sie auch vor Zivilgericht angegeben, mit dem Berufungsbeklagten deutsch zu sprechen (Protokoll Eheschutz S. 3). Es kommt dazu, dass es sich beim Eheschutzverfahren um ein summarisches Verfahren handelt, in welchem gemäss Art. 272 ZPO die soziale oder eingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt (vgl. oben E. 1.2). Das Gericht hat die Parteien bei der Sammlung des Prozessstoffes durch geeignete Fragen und die Aufforderung zur Einreichung fehlender Beweisunterlagen zu unterstützen. Die Parteien können auch ohne Rechtsbeistand ans Gericht, ohne sich erhöhter Gefahr auszusetzen, einen (vermeidbaren) Nachteil zu erleiden (vgl. Sutter-Somm/Hostettler, a.a.O., Art. 272 N 4 ff., 7). Die Berufungsklägerin hat ihren Standpunkt an der vorinstanzlichen Verhandlung vom 28. Juni 2017 ohne Weiteres einbringen können, zumal ihr eine Dolmetscherin zur Seite gestanden ist (vgl. Verhandlungsprotokoll). Es hat offensichtlich kein Fall von Unvermögen der Partei im Sinne von Art. 69 ZPO vorgelegen. Der Problematik der Berufungsklägerin ■ fehlende

Zuverlässigkeit und Beständigkeit ■ lässt sich, wie sich im Verlaufe des Berufungsverfahrens gezeigt hat, auch nicht unbedingt durch Beigabe einer Rechtsvertretung begegnen, denn ihr Vertreter hat sich schliesslich veranlasst gesehen, das Mandat niederzulegen, weil er den Kontakt nicht aufrechterhalten können. Allerdings wird es in einem allfälligen Scheidungsverfahren, wo in Bezug auf die Belange der Ehegatten die strengen Dispositions- und Verhandlungsmaximen gelten, angebracht sein, dass die Berufungsklägerin eine Rechtsvertretung hat.

E. 2

und 3; BGE 117 II 353 E. 3).

2.3.2 Die Erziehungsfähigkeit des Berufungsbeklagten ist klar zu bejahen. Der KJD hatte im Auftrag der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde einen Abklärungsbericht erstellt (Eheschutzakten Faszikel 6; vgl. dazu auch unten E. 2.3.3). Der Berufungsbeklagte ist gemäss diesem Abklärungsbericht vom 29. April 2017 in der Lage, die Betreuung der Kinder ■ auch D____ lebt bei ihm ■ zuverlässig zu gewährleisten; dies auch mit der Unterstützung seiner Eltern. An der Berufungsverhandlung hat er dargelegt, wie er seinen Alltag so gestaltet, dass eine konstante und zuverlässige Betreuung beider Kinder sichergestellt ist. Er konnte, dank eines verständnisvollen Arbeitgebers, seine Erwerbstätigkeit zu Gunsten der Betreuung der Kinder auf ein Pensum von 80 % reduzieren und arbeitet nun täglich von 08.15 Uhr bis 14.45 Uhr respektive Mittwochs den ganzen Tag. Am Mittwochnachmittag wird C____ von seiner Mutter betreut; am Freitag isst sie bei seiner (des Berufungsbeklagten) Grossmutter zu Mittag; daneben ist ihre Betreuung durch Schulunterricht am Nachmittag und die Tagesstrukturen gewährleistet. Der Berufungsbeklagte bietet C____ und auch D____, der angesichts seines Alters schon recht selbständig ist, feste und verlässliche Strukturen und zeigt sich als engagierter Vater, der den gesamten Unterhalt ■ für beide Kinder ■ leistet. Er kooperiert mit den zuständigen Stellen und hat die therapeutische Begleitung beider Kinder in der schwierigen Situation und trotz angespannter finanzieller Situation sichergestellt (vgl. Abklärungsbericht vom 29. April 2017; Therapiebericht Dr. [] vom 22. September 2017, Beilage 6 zur Berufungsantwort). Auch ist er, nicht aber die Berufungsklägerin, zu einer sozialpädagogischen Familienbegleitung bereit gewesen. Er unterstützt nach Kräften, und obwohl ihm dies nicht immer leicht fällt, einen regelmässigen Kontakt der Kinder zur Berufungsklägerin. Gemäss seinen Angaben, welche von der Beiständin bestätigt werden, nimmt die Berufungsklägerin die Besuchszeiten mit C____ teilweise nicht wahr, ohne dies vorher mitzuteilen und ohne dass sie dann telefonisch erreicht werden kann (vgl. Protokoll Berufungsverhandlung S. 6 f.). Er begleitet die Besuche deshalb jeweils zumindest zu Beginn, einerseits um sicherzustellen, dass er C____ auffangen kann, falls die Berufungsklägerin nicht kommt, und andererseits um sicher zu stellen, dass die Berufungsklägerin, bei welcher eine Betäubungsmittelproblematik besteht, in der Verfassung ist, sich angemessen um die Tochter zu kümmern. Die Beiständin begrüsst diese Begleitung im Interesse des Kindes. Auch setzt sich der Berufungsbeklagte dafür ein, dass ausgefallene Besuche möglichst am Sonntag nachgeholt würden, und versucht, D____ zu Kontakten mit der Berufungsklägerin zu motivieren.

Die Erziehungsfähigkeit des Berufungsbeklagten ist offensichtlich gegeben und wird von der Berufungsklägerin zu Recht nicht bestritten. Dass sie ihn als zuverlässig und erziehungsfähig erachtet, erhellt schon daraus, dass sie ihm die Vollmacht erteilt hat, die Interessen von D____ wahrzunehmen und diesen rechtlich zu vertreten, und dass sie damit

einverstanden ist, dass der Junge auch beim Berufungsbeklagten lebt.

2.3.3 Demgegenüber ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass die Erziehungsfähigkeit der Berufungsklägerin derzeit zu verneinen ist. Sie hat sich dafür in erster Linie auf den bereits erwähnten Abklärungsbericht des KJD vom 29. April 2017 gestützt. Dieser hält in Ziff. 8 fest, die Berufungsklägerin sei in keiner Weise in der Lage, die Betreuung der Kinder zuverlässig zu gewährleisten. Sie sei genügend mit sich selbst beschäftigt und habe wenig Zeit für ihre Kinder. Weiter lasse sich dem Bericht entnehmen, dass die Kinder es bedauern, dass die Mutter so wenig Zeit für sie habe. Die Vorinstanz hält fest, der Lebenswandel der Berufungsklägerin und ihre Einstellung zum Umgang mit ihrer Tochter seien dieser abträglich. Es sei mit dem Kindeswohl nicht vereinbar, wenn die Berufungsklägerin immer wieder nachts abwesend sei, ohne dass die Familie wisse, wo sie sich aufhalte. Die gedeihliche Entwicklung der Tochter gebiete eine regelmässige Anwesenheit und eine zuverlässige Betreuung, was die Berufungsklägerin offenbar derzeit nicht gewährleisten könne.

Die Berufungsklägerin hält zusammengefasst dagegen, dass der Abklärungsbericht des KJD auf Initiative des Berufungsbeklagten veranlasst worden sei und auf einem einseitig vom Berufungsbeklagten vermittelten Bild beruhe. Sie habe nie ein Einzelgespräch mit dem Sozialarbeiter führen, geschweige denn Stellung zu den Vorwürfen des Berufungsbeklagten beziehen können. Es sei nicht erwähnt, ob bei den beiden Hausbesuchen eine Dolmetscherin anwesend gewesen sei. Entsprechend fehle im Bericht ihre Sichtweise. Die tatsächlichen Umstände, wie Stabilität der Verhältnisse, die erzieherischen Fähigkeiten, die Bereitschaft, das Kind in eigener Obhut zu haben und es weitgehend persönlich zu betreuen, die Qualität der persönlichen Beziehung und die während der Ehe gelebte Rollenverteilung seien durch die Vorinstanz nicht abgeklärt worden. Sie hält fest, sie habe tagsüber die Kinder versorgt und abends das Haus nur deshalb verlassen, um dem psychischen Druck der angespannten ehelichen Situation zu entgehen und der Aufforderung des Berufungsbeklagten nachzukommen.

Zunächst ist festzuhalten, dass der erwähnte Abklärungsbericht des KJD vom 29. April 2017 auf umfassenden und genügenden Grundlagen beruht: So wurden Einzelgespräche mit C___ und D___ geführt, es gab zwei Hausbesuche bei der Familie, ein Gespräch mit den Ehegatten und G___ (Suchtberatung), ein Gespräch mit dem Berufungsbeklagten und D___ sowie Telefonate mit dem Berufungsbeklagten, der Grossmutter väterlicherseits und dem Schulsozialarbeiter von D___ (vgl. Abklärungsbericht vom 29. April 2017 Ziff. 3, Eheschutzakten Faszikel 6). F___ hatte als damaliger Sozialarbeiter des KJD den erwähnten Bericht verfasst und zuvor die entsprechenden Abklärungen getätigt. Er hat als Auskunftsperson an der Berufungsverhandlung erklärt (vgl. Protokoll Berufungsverhandlung S. 2 f.), dass er anlässlich der beiden Hausbesuche und bei einem Einzelgespräch mit der Berufungsklägerin gesprochen habe. Bei den Hausbesuchen sei kein Dolmetscher dabei gewesen; beim Einzelgespräch sei er sich da nicht sicher. Angesichts der Äusserung der Berufungsklägerin an der vorinstanzlichen Verhandlung, wonach der Dolmetscher bei Herrn F___ falsch übersetzt habe, ist wohl ein Dolmetscher dabei gewesen (vgl. Protokoll Verhandlung Eheschutz S. 3). Gemäss G___ kann man sich im Übrigen gut mit der Berufungsklägerin unterhalten, wenn man langsam redet (Protokoll Berufungsverhandlung S. 5). F___ hat auch nach dem Bericht noch ein längeres Gespräch mit der Berufungsklägerin gehabt, welches nichts an seiner Einschätzung, wie sie im Bericht zum Ausdruck kommt, geändert habe. Er habe die Berufungsklägerin als sehr

sprunghaft erlebt, so habe sie innerhalb eines Gesprächs die Meinung ändern können. Er habe bei ihr die Verlässlichkeit, wie sie ihm für die Kinder sehr wichtig scheine, vermisst.

Die Einschätzung im Abklärungsbericht über die Sprunghaftigkeit und die fehlende Verlässlichkeit der Berufungsklägerin hat sich im Verlaufe des Verfahrens mehrfach bestätigt. So hatte die Berufungsklägerin zu Beginn der vorinstanzlichen Verhandlung geäußert, der Sohn solle bei ihr wohnen, die Tochter soll beim Vater bleiben; demgegenüber erklärte sie wenig später, sie wolle die Obhut über die Tochter, der Vater solle ein Besuchsrecht haben (Protokoll Verhandlung Eheschutz S. 2, 3). Ihre Sprunghaftigkeit zeigt sich etwa weiter darin, dass sie gegen den vorinstanzlichen Entscheid zunächst Berufung erklärt, sich dem Berufungsverfahren dann aber mehr und mehr entzogen hat. Auch die jedenfalls aktuell fehlende Verlässlichkeit der Berufungsklägerin manifestiert sich in ihrem unentschuldigtem Fernbleiben von der Berufungsverhandlung. Zuvor hatte sie bereits einen eigens im Hinblick auf ihre Unsicherheit in Bezug auf die Berufungsverhandlung kurzfristig gesetzten Gesprächstermin mit dem Suchtberater nicht wahrgenommen, laut dessen Angaben ihre Complianceallgemein seit Herbst 2017 nicht mehr so stark sei. Auch ihr vormaliger Vertreter hatte sich veranlasst gesehen, das Mandat niederzulegen, weil er sie über rund einen Monat hin nicht mehr hat kontaktieren können ■ was angesichts der aktuellen Kommunikationsmöglichkeiten (Mobiltelefonie, E-Mail) darauf hindeutet, dass die Berufungsklägerin derzeit nicht in der Lage ist, ihr eigenes Leben ausreichend zu organisieren und wichtige Termine wahrzunehmen. Auch die Beiständin von C_____ hat als Auskunftsperson an der Verhandlung angegeben, dass die Berufungsklägerin Termine verschoben habe und zu spät oder teilweise auch gar nicht erschienen sei (Protokoll Berufungsverhandlung S. 2, 8). Der Umstand, dass der Aufenthaltsort der Berufungsklägerin nicht bekannt ist ■ notabene auch nicht dem Berufungsbeklagten oder der Beiständin von C_____ ■ deutet auf eine unstete Lebensweise der Berufungsklägerin hin.

Worauf die fehlende Verlässlichkeit und die Unbeständigkeit der Berufungsklägerin ■ welche ihre Erziehungsfähigkeit stark beeinträchtigen ■ beruhen, ist derzeit nicht restlos geklärt. Der Konsum von Betäubungsmitteln, namentlich von Methamphetamin (Crystal Meth) ist an sich unbestritten; eine eigentliche Abhängigkeit wurde jedoch nicht festgestellt (vgl. Austrittsbericht der Universitären Psychiatrischen Kliniken [UPK] vom 3. März 2017, Beilage 4 zur Berufung). Es kann hier offen bleiben, ob die Berufungsklägerin (noch) Betäubungsmittel konsumiert respektive ob sie an einer eigentlichen Abhängigkeit davon leidet, ob sie dem Glücksspiel frönt und ob sie, wie der Berufungsbeklagte behauptet, sich prostituiert. All dies vermöchte, wie bereits die Vorinstanz richtig festgehalten hat (Urteil S. 7) ihre Erziehungsfähigkeit nicht per se auszuschliessen. Soweit die Berufungsklägerin die Ehegeschichte aufrollen möchte, ist diese für die Frage der Obhutsteilung im Rahmen des Eheschutzes auch nicht relevant. Ausschlaggebend ist dafür vielmehr, dass starke Hinweise dafür bestehen, dass die Berufungsklägerin derzeit nicht in der Lage ist, die Betreuung der Kinder zuverlässig zu gewährleisten, da sie offensichtlich sehr stark mit sich selber beschäftigt ist, wie dies bereits der Abklärungsbericht von 29. April 2017 festhält. Die Beiständin von C_____ hat an der Berufungsverhandlung festgehalten (vgl. Protokoll Berufungsverhandlung S. 7 ff.), dass die Berufungsklägerin die Trennungssituation nicht nachvollziehen könne und sich offenbar an die Idee klammere, ■ dass alles wieder gut wird ■. Die Berufungsklägerin habe sich dahingehend geäußert, dass sie zunächst einmal alles für sich regeln wolle, dann wolle sie die Ehe wieder haben und schliesslich wieder

Mutter sein. Dies alles zeigt, dass sie jedenfalls nicht in der Lage ist, die Bedürfnisse der Kinder angemessen wahrzunehmen respektive danach zu handeln. So zeigt sie sich auch bei der Ausübung des Besuchsrechts mit C_____ sehr unzuverlässig, wie der Berufungsbeklagte geschildert und die Besuchsrechtsbeiständin bestätigt hat. Teilweise nimmt die Berufungsklägerin die samstäglichen Besuche, welche für C_____ wichtig wären, ohne Abmeldung und ohne, dass sie erreichbar ist, einfach nicht wahr. Es ist zwar nachvollziehbar, dass die Berufungsklägerin emotional stark belastet wird, wenn sie anlässlich der Besuchskontakte mit dem Berufungsbeklagten und der schwierigen Trennungssituation konfrontiert wird. Allerdings leidet C_____ unter diesem Verhalten der Berufungsklägerin, wie die Beiständin dargelegt hat. Den Äusserungen der Beiständin lässt sich weiter entnehmen, dass die Berufungsklägerin die Wohnung nachts auch dann verlassen habe ■ und zwar als sie längst vom Berufungsbeklagten getrennt lebte ■, wenn D_____ bei ihr übernachten wollte; der Junge sei deswegen immer in Sorge gewesen. Es ist offensichtlich nicht mit dem Wohl der Kinder vereinbar, wenn die Mutter nachts abwesend ist, ohne dass die Kinder wissen, wo sie sich aufhält und wann respektive ob sie allenfalls heimkehrt.

Es kommt dazu, dass die Berufungsklägerin die etablierten Unterstützungs- und Beratungsangebote bisher nicht für sich zu nutzen vermochte. So gibt es Empfehlungen zur sozialpädagogischen Familienbegleitung, wozu zwar der Berufungsbeklagte, nicht aber die Berufungsklägerin bereit gewesen sei. Laut Angaben von G_____ sei ein Eintritt ins Übergangwohnheim [] geplant gewesen, aber nicht zu Stande gekommen (vgl. Protokoll Berufungsverhandlung Akten S. 5, 6). Auch den Kontakt mit ihrem Rechtsvertreter hat sie offenbar abgebrochen und sich seinen Kontaktversuchen entzogen, so dass eine Mandatsführung nicht mehr möglich war. Laut Angaben der Beiständin lehne die Berufungsklägerin derzeit jegliche Hilfe von Dritten ab und wolle ihre Situation selber in den Griff bekommen (Protokoll Berufungsverhandlung S. 9).

Unter diesen Umständen ist, mit der Vorinstanz, eine ausreichende Erziehungsfähigkeit der Berufungsklägerin derzeit zu verneinen. Es sollte weiterhin versucht werden, die Berufungsklägerin für Beratungs- und Unterstützungsangebote zu gewinnen, welche sie stützen und sie, im Interesse des Wohles ihrer Kinder, insbesondere in der Entwicklung ihrer Erziehungsfähigkeit, zu stärken.

2.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Berufungsbeklagte erziehungsfähig ist. Er hat sich ausserdem beruflich so organisiert, dass er C_____ zu grossen Teilen persönlich betreuen kann, und hat ansonsten eine konstante und verlässliche Betreuung von C_____ durch die Grosseltern und die Tagesstrukturen sichergestellt. Der Berufungsbeklagte unterstützt die wichtigen Besuchskontakte zwischen der Berufungsklägerin und C_____, auch wenn dies für ihn nicht immer leicht ist. Er ist auch bereit, mit der Berufungsklägerin und mit involvierten Institutionen wie dem KJD zum Wohle der Kinder zusammen zu arbeiten. Demgegenüber ist die Erziehungsfähigkeit der Berufungsklägerin derzeit offensichtlich stark beeinträchtigt. Unter diesen Umständen ist C_____ in die alleinige Obhut des Berufungsbeklagten, bei welchem auch ihr Bruder mit dem expliziten Einverständnis der Berufungsklägerin lebt, zu stellen.

2.5 Das von der Vorinstanz angeordnete Besuchsrecht zwischen der Berufungsklägerin und C_____ (jeden Samstagnachmittag, 14.00 bis 18.00 Uhr) erscheint derzeit angemessen, eine Ausdehnung ist nach dem Gesagten derzeit nicht angezeigt. Es bleibt zu hoffen, dass die Berufungsklägerin das Besuchsrecht künftig verlässlich und regelmässig wahrnimmt, denn

für C____ und ihre Entwicklung sind die regelmässigen Kontakte mit der Mutter wichtig. Angesichts der schwierigen Situation bei der Ausübung des Besuchsrechts ist die von der Vorinstanz angeordnete Besuchsrechtsbeistandschaft (Art. 308 Abs. 2 ZGB) offensichtlich erforderlich.

E. 2.3

2.3.1 Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil gelten im Eheschutzverfahren grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Massgebend bei der vorzunehmenden Beurteilung ist primär das Kindeswohl, welches vor allen anderen Überlegungen Vorrang hat, insbesondere vor den Wünschen der Eltern. Die Feststellung des Kindeswohls ist im Einzelfall jedoch schwierig, denn für das Kind ist zumeist ein intensiver und konstanter Kontakt zu beiden Elternteilen wichtig. Das Bundesgericht hat versucht, eine gewisse Hierarchie in die Zuteilungskriterien zu bringen. Demnach muss vorab die Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Ist diese bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Schliesslich ist ■ je nach Alter der Kinder ■ ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte. Bei der Beurteilung der für die Obhutzuteilung massgebenden Kriterien verfügt das Gericht über einen grossen Ermessensspielraum (vgl. BGer 5A_976/2014 vom 30. Juli 2015 E. 2.3; BGE 136 I 178 E. 5.3 S. 180 f.; Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern ZK 17 13 vom 10. Mai 2017 mit Hinweisen auf BGer 5A_157/2012 vom 23. Juli 2012, E. 3.1; BGE 115 II 206 E. 4a; BGE 115 II 317 E.

E. 3

Die Tochter C____ ist unter die Obhut des Berufungsbeklagten zu stellen. Die Berufungsklägerin hat ihr schriftliches Einverständnis dazu gegeben, dass auch ihr vorehelicher Sohn D____ beim Berufungsbeklagten lebt. Entscheidendes Kriterium bei der Zuteilung der ehelichen Wohnung ist die Zweckmässigkeit, wobei dem Interesse minderjähriger Kinder am Beibehalt der gewohnten Umgebung in der Regel durch Zuteilung der Wohnung an den obhutsberechtigten Elternteil Rechnung getragen wird (vgl. Schmid, in: Kren Kostkiewicz et al. [Hrsg.], Kommentar ZGB, Art. 176 N 7). Die eheliche Wohnung ist somit zu Recht dem Berufungsbeklagten mit der Tochter zugeteilt worden.

E. 4

4.1 Den Berufungsbegehren Ziff. 4 und 5 betreffend Unterhaltsleistungen des Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin liegt die Hypothese zu Grunde, dass C____ unter der elterlichen Obhut der Berufungsklägerin leben würde, was nach den obigen Ausführungen nicht der Fall ist.

C____ lebt in der Obhut ihres Vaters. Dieser kommt vollumfänglich für ihren gesamten Unterhalt (Pflege, Erziehung und Geldzahlung) ■ notabene auch für den gesamten Unterhalt von D____ ■ auf. Es besteht somit keine Grundlage, der Berufungsklägerin Kinderunterhalt für C____ zuzusprechen. Vielmehr wird sich zukünftig die Frage stellen,

ob C_____ gegenüber der Berufungsklägerin Unterhaltsleistungen geltend machen kann. Dies wird von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Berufungsklägerin abhängen.

Die Vorinstanz hat den Berufungsbeklagten verpflichtet, der Berufungsklägerin mit Wirkung ab Auszug aus der ehelichen Wohnung einen monatlich vorauszahlbaren Unterhaltsbeitrag von CHF 1'000.00 zu bezahlen. Die Berufungsklägerin verlangt für sich einen persönlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 1'014.00, wobei auch dieser Berechnung die Konstellation zu Grunde liegt, dass C_____ unter ihrer Obhut lebt, was nicht der Fall ist. In der Berufung (Ziff. 8) wird explizit festgehalten, dass die Unterhaltsberechnung sowie die von der Vorinstanz eingesetzten Beträge und Feststellungen nicht zu beanstanden sind. Es bleibt somit bei dem vorinstanzlich zugesprochenen ehelichen Unterhaltsbeitrag; es kann insoweit vollumfänglich auf die vorinstanzliche Berechnung verwiesen werden (Urteil Zivilgericht E. 5.3).

4.2 Der Berufungsbeklagte hat an der Berufungsverhandlung im Sinne eines Novums beantragt, der Unterhaltsbeitrag an die Berufungsklägerin sei infolge Anstiegs der Krankenkassenprämien und eines tieferen Einkommens um rund CHF 300.00 auf rund CHF 700.00 zu reduzieren. Vorliegend hat einzig die Berufungsklägerin Berufung gegen den Entscheid des Zivilgerichts vom 25. Juni 2017 erhoben; eine Anschlussberufung ist im summarischen Verfahren unzulässig (Art. 314 Abs. 2 ZPO). Im Rechtsmittelrecht gilt, ausser im Bereich der Offizialmaxime, der Grundsatz des Verbotes der reformatio in peius (Spühler, in Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2017, Vor Art. 308-334 N 14 mit Hinweisen). Das Rechtsmittelverfahren darf nicht dazu führen, dass das angefochtene Urteil zuungunsten des Rechtsmittelklägers abgeändert wird (vgl. Seiler, Die Berufung nach ZPO, Basel 2013 N 441). Es geht hier um Ehegattinnenunterhalt; die Offizialmaxime gilt nicht (dazu Seiler, a.a.O., N 448 mit Hinweisen; vgl. auch Art. 282 Abs. 2 ZPO). Im Geltungsbereich des Verbots der reformatio in peius kann der Berufungsbeklagte, welcher nicht seinerseits Berufung oder Anschlussberufung erklärt hat, mit seinen Anträgen lediglich die Abweisung oder Nichteintreten auf die Berufung verlangen, indes keine eigenen Anträge in der Sache stellen (vgl. Seiler, a.a.O., N 1128). Auf das entsprechende Begehren kann somit nicht eingetreten werden. Es kann somit offen bleiben, ob die Noven rechtzeitig geltend gemacht worden wären. Der Berufungsbeklagte wird sich mit einem Antrag auf Reduktion des Unterhaltsbeitrags mit einem entsprechenden Abänderungsgesuch an die Vorinstanz zu wenden haben. Im Rahmen des entsprechenden Verfahrens wird sich die Frage der Eigenversorgungskapazität der Berufungsklägerin, gegebenenfalls nach einem hypothetischen Einkommen, akzentuiert stellen. Insoweit kann auch auf Ziff. 8 des angefochtenen Entscheides verwiesen werden, wonach die Berufungsklägerin verpflichtet ist, sich um eine Vollzeitstelle zu bemühen, und gegebenenfalls, sollte sie bis Ende 2017 keine Stelle gefunden haben, auf Antrag des Berufungsbeklagten ihre Arbeitsbemühungen nachzuweisen hat.

E. 5

5.1 Die Berufung erweist sich nach dem Gesagten unter allen Aspekten als unbegründet und ist abzuweisen.

5.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Berufungsklägerin grundsätzlich die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Die Praxis, dass in Eheschutzverfahren gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO grundsätzlich unabhängig vom Ausgang des Verfahrens die

Gerichtskosten halbiert und die Parteikosten wettgeschlagen werden, gilt nur im erstinstanzlichen Verfahren (Six, Eheschutz, 2. Aufl., Bern 2014, S. 59 f.; vgl. Entscheid vom 23. Oktober 2017 E. 6). Im Rechtsmittelverfahren, in dem den Parteien bereits ein Entscheid zu den materiellen Streitfragen vorliegt, sind die Prozesskosten grundsätzlich nach dem Prozessausgang zu verteilen (Six, a.a.O., S. 60). Dies entspricht vorliegend auch den sehr angespannten wirtschaftlichen Verhältnissen beider Parteien.

Die Berufungsklägerin beantragt die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege, was einerseits die Bedürftigkeit der ansprechenden Person und andererseits die fehlende Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren voraussetzt (Art. 117 ZPO). Das Erfordernis der Mittellosigkeit der Berufungsklägerin ist, wie sich aus den Akten schliessen lässt, erfüllt. Die Vorinstanz hat festgehalten, dass ihr Bedarf von rund CHF 2'400.00 um rund CHF 1'400.00 nicht gedeckt ist. Es ist nicht bekannt und erscheint auch wenig wahrscheinlich, dass sie unterdessen eine Arbeitsstelle angetreten hat, mit welcher sie ihren Bedarf decken und Mittel für die Finanzierung des Berufungsverfahrens erzielen könnte. Bei der Beurteilung der Aussichtslosigkeit eines Prozesses ist entscheidend, ob sich eine nicht bedürftige Partei aus Vernunft zu einem Prozess entschliessen würde (vgl. Emmel, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 117 N 13 mit weiteren Hinweisen). Angesichts der grossen persönlichen Tragweite des Entscheids für die Berufungsklägerin ■ es geht um die Obhut über die gemeinsame Tochter ■ kann jedenfalls nicht gesagt werden, dass eine nicht bedürftige Partei sich nicht zur Berufung entschlossen hätte. Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird unter diesen Umständen entsprochen. Die Prozesskosten sind gemäss Art. 122 ZPO zu liquidieren.

5.3 Ein Gesuch um Bevorschussung von Prozesskosten kann nicht in Form eines Gesuchs um Erlass einer vorsorglichen Massnahme im Berufungsverfahren gestellt werden, weil es nicht den Streitgegenstand des Hauptsacheverfahrens betrifft. Wenn ein Ehegatte im Rechtsmittelverfahren auf einen Prozesskostenvorschuss des anderen Ehegatten angewiesen ist, ist für den Entscheid darüber das erstinstanzliche Gericht zuständig (Six, a.a.O., Rz. 1.76). Auf den Antrag der Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagte sei zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 4'000.00 für ihre anwaltliche Vertretung im vorliegenden Verfahren zu verpflichten, ist deshalb nicht einzutreten. Der Antrag wäre angesichts der finanziellen Verhältnisse des Berufungsbeklagten, dem lediglich das Existenzminimum, notabene ohne Berücksichtigung der Steuern, zur Verfügung steht, im Übrigen offensichtlich abzuweisen.

5.4 Die Berufungsklägerin trägt die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens mit einer Gebühr von CHF 1'000.00; infolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gehen diese Kosten zu Lasten des Staates (Art. 122 Abs. 1 lit. b).

5.5 Dem früheren Vertreter der Berufungsklägerin ist ein angemessenes Honorar aus der Gerichtskasse zuzusprechen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). Dieser macht mit seiner Honorarnote vom 25. Januar 2018 ein Honorar von CHF 5'433.30, entsprechend einem Aufwand von 27,166 Stunden zu einem Ansatz von CHF 200.00, und Auslagen von CHF 92.50, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer respektive 7,7 % Mehrwertsteuer, geltend. In familienrechtlichen Verfahren vermögensrechtlicher Natur ist sowohl der angemessene Aufwand wie auch die Höhe eines streitwertbezogenen Honorars zu beachten (vgl. § 17 Abs. 2 des Advokaturgesetzes [SG 291.100]; vgl. AGE ZB.2014.36/41 vom 19. Januar 2015 E. 4.2). Vorliegend steht allerdings der nicht-vermögensrechtliche Aspekt, d.h. die

Zuteilung der Obhut, klar im Vordergrund, so dass es sich rechtfertigt, das Honorar entsprechend dem geltend gemachten Zeitaufwand zu bemessen. Dieser Zeitaufwand erscheint prima vista in einem Berufungsverfahren ausserordentlich hoch. Allerdings hat der Vertreter das Mandat erst in zweiter Instanz übernommen und sich dementsprechend ganz neu einarbeiten müssen. Auch ist davon auszugehen, dass die Instruktion und die Mandatsführung insbesondere aus sprachlichen Gründen und wegen der Unzuverlässigkeit der Berufungsklägerin schwierig und aufwändig gewesen sind. In der Zusammenstellung der Bemühungen ist kein unnötiger Aufwand ersichtlich. Es ist somit ein Honorar in der geltend gemachten Höhe aus der Gerichtskasse auszurichten.

5.6 Weiter hat die unterlegene Berufungsklägerin dem obsiegenden Berufungsbeklagten eine angemessene Parteientschädigung auszurichten. Die unentgeltliche Rechtspflege befreit nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Die Vertreterin des Berufungsbeklagten hat eine angemessene Entschädigung nach Ermessen des Gerichts beantragt. Vorliegend erscheint ein Honorar von insgesamt

E. 9

Stunden zu einem Ansatz von CHF 250.■, wovon 3 Stunden für die Berufungsverhandlung (inklusive Vor- und Nachbereitung), den Bemühungen angemessen; dies angesichts des Umstandes, dass die Anwältin den Berufungsbeklagten bereits im vorinstanzlichen Verfahren vertreten hat. Die Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklagten somit eine Parteientschädigung von CHF 2■250.■, inklusive Auslagen, zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 % auf CHF 1■500.■ respektive von 7,7 % auf CHF 750.■ zu entrichten.

Das Begehren der Vertreterin um Ausrichtung einer reduzierten Entschädigung nach Ermessen des Gerichts wird als sinngemässes Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege per Datum der Berufungsverhandlung entgegengenommen. Eine Rückwirkung des Gesuchs ist nur ausnahmsweise möglich, wobei die entsprechenden Voraussetzungen hier nicht gegeben sind (vgl. Art. 119 Abs. 4 ZPO; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Art. 119 N 4). Obsiegt die unentgeltlich prozessführende Partei und ist die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder vor-aussichtlich nicht einbringlich, so wird die unentgeltliche Rechtsbeiständin insoweit angemessen vom Kanton entschädigt; mit der Zahlung geht der Anspruch auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 4 ZPO). Insoweit werden hier die Bemühungen ab 1. Februar 2018, d.h. 3 Stunden, angemessen vom Kanton, d.h. zu einem Stundenansatz von CHF 200.■, zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer, entschädigt.

5.7 Die Berufungsklägerin wird darauf hingewiesen, dass die vom Staat aufgrund der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege getragenen Leistungen von ihr nachgezahlt werden müssen, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 Abs. 1 ZPO).

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