

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.12 vom 12. September 2017

BS Appellationsgericht, 2017-09-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2021.12

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.12 du 12 septembre 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.12 del 12 settembre 2017

Erwägungen

E. 1

ZPO; Bähler, Basler Kommentar, Art. 280 ZPO N 1b; Sutter-Somm/Gut, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 279 N 8; Stein-Wigger, in: Schwenger/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, 3. Auflage, Bern 2017, Anh. ZPO Art. 279 N 31). Die allgemeinen Genehmigungsvoraussetzungen müssen auch bezüglich der Vereinbarung über die berufliche Vorsorge erfüllt sein (Jungo/Grütter, in: Schwenger/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, 3. Auflage, Bern 2017, Anh. ZPO Art. 280 N 3; Tappy, a.a.O., Art. 279 CPC N 7 und Art. 280 CPC N 9). Für die Anfechtung der genehmigten Vereinbarung über die berufliche Vorsorge müssen sinngemäss die gleichen Regeln gelten wie für die Anfechtung der genehmigten Vereinbarung über die Scheidungsfolgen gemäss Art. 279 ZPO.

1.1.3 Die Genehmigung der Vereinbarung über den Kindesunterhalt richtet sich nach den Bestimmungen des Kindesrechts. Dabei steht das Kindeswohl im Zentrum und gilt ein strengerer Massstab als für die Genehmigung des nahehelichen Unterhalts (Spycher, a.a.O., Art. 279 ZPO N 7 mit Hinweisen; vgl. Stein-Wigger, a.a.O., Anh. ZPO Art. 279 N 21). Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob keine Willensmängel im Sinn von Art. 23 ff. OR vorliegen und ob die Vereinbarung nach den Kriterien von Art. 285 ZGB inhaltlich angemessen ist (Roelli, in: Breitschmid/Jungo [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 287 ZGB N 4 f.; vgl. Fountoulakis/Breitschmid, in: Basler Kommentar, 6. Auflage 2018, Art. 287 ZGB N 14 f.). Die genehmigte Vereinbarung über den Kindesunterhalt kann grundsätzlich gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO mit Berufung angefochten werden (vgl. Fountoulakis/Breitschmid, a.a.O., Art. 287 ZGB N 10). Betreffend das Streitwertfordernis gelten die gleichen Regeln wie für die Anfechtung der genehmigten Vereinbarung über die Scheidungsfolgen gemäss Art. 279 ZPO (vgl. oben E. 1.1.1). Mit der Berufung kann ein Ehegatte zumindest rügen, die Voraussetzungen für die Genehmigung der Vereinbarung über den Kindesunterhalt seien nicht erfüllt, und die Nichtgenehmigung der Vereinbarung beantragen. Zur Begründung kann insbesondere ein Willensmangel beim Abschluss der Vereinbarung geltend gemacht werden (vgl. dazu Roelli, a.a.O., Art. 287 ZGB N 4). Ob die Möglichkeit der Berufung gegen die genehmigte Vereinbarung über den Kindesunterhalt durch die Vereinbarung überhaupt nicht eingeschränkt wird (so wohl Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich 2014, Seiler, a.a.O., N 322; Tappy, a.a.O., Art. 289 CPC N 16 lit. c), kann im vorliegenden Fall mangels Entscheidungsrelevanz offen bleiben.

1.1.4 Betreffend die übrigen Kinderbelange können die Ehegatten nur gemeinsame Anträge stellen (Sutter-Somm/Gut, a.a.O., Art. 279 N 7). Diesbezüglichen Vereinbarungen kommt dann lediglich die Bedeutung übereinstimmender Anträge zu (Dolge, in: Brunner et al.

[Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 279 N 12; Stein-Wigger, a.a.O., Anh. ZPO Art. 279 N 8; Sutter-Somm/Gut, a.a.O., Art. 279 N 7). Die übrigen Kinderbelange muss das Gericht aufgrund des Offizialgrundsatzes (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO) stets selbst regeln (vgl. Bähler, Basler Kommentar, Art. 279 ZPO N 1c; Dolge, a.a.O., Art. 279 N 12). Zumindest betreffend die übrigen Kinderbelange wird die Möglichkeit der Berufung durch die Vereinbarung bzw. die gemeinsamen Anträge dementsprechend auch nicht eingeschränkt. Ein Ehegatte kann den diesbezüglichen Entscheid auch dann anfechten, wenn er den übereinstimmenden Anträgen der Ehegatten entspricht (Seiler, a.a.O., N 322 mit Hinweisen; Tappy, a.a.O., Art. 289 CPC N 16 lit. c; vgl. Gasser/Rickli, a.a.O., Art. 289 N 3).

1.1.5 Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). In der Begründung hat die Berufungsklägerin zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll (vgl. AGE ZB.2020.19 vom 23. Juni 2020 E. 2; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 311 N 36; Seiler, a.a.O., N 893). Soweit die Begründung fehlt oder den Anforderungen nicht genügt, ist auf die Berufung nicht einzutreten (BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 38). Regelt der angefochtene Entscheid in mehreren Dispositivziffern unterschiedliche Punkte und genügt die Begründung bezüglich einzelner Punkte den Anforderungen nicht, so ist auf die Berufung gegen die betreffenden Dispositivziffern nicht einzutreten (vgl. für Berufungen, mit denen mehrere Ansprüche verfolgt werden, Seiler, a.a.O., N 900; vgl. zur Möglichkeit, auf einzelne Rügen nicht einzutreten, Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 38).

E. 1.1

1.1.1 Die Berufungsklägerin ficht den Entscheid des Zivilgerichts vom 3. November 2020 betreffend Scheidung ihrer Ehe an. Die Nebenfolgen der Scheidung sind im vorliegenden Fall durch eine vom Gericht genehmigte Vereinbarung der Parteien geregelt worden. Gemäss Art. 279 Abs. 1 ZPO genehmigt das Gericht die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen, wenn es sich davon überzeugt hat, dass die Ehegatten sie aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen haben und sie klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist. Der Abschluss aus freiem Willen setzt insbesondere voraus, dass die Ehegatten die Vereinbarung nicht unter dem Einfluss eines wesentlichen Irrtums gemäss Art. 23 ff. OR, einer absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 OR oder einer Furchterregung gemäss Art. 29 f. OR abgeschlossen haben (BGer 5A_683/2014 vom 18. März 2015 E. 6.1, 5A_772/2014 vom 17. März 2015 E. 5.1, 5A_187/2013 vom 4. Oktober 2013 E. 7.1). Auf die Scheidungsvereinbarung als Vergleich sind die Regeln von Art. 23 ff. OR nur eingeschränkt anwendbar. Ein Irrtum ist nur dann beachtlich, wenn er einen Sachverhalt betrifft, von dem beide Parteien oder zumindest die irrende mit Wissen der anderen Partei angenommen haben, er sei gegeben (sog. *caput non controversum*). Die Berufung auf einen Irrtum über einen ungewissen Punkt, der nach dem Willen der Parteien durch die Vereinbarung gerade definitiv geregelt werden sollte (sog. *caput controversum*), ist ausgeschlossen (vgl. BGer 5A_688/2013 vom 14. April 2014 E. 8.2, 5A_187/2013 vom 4. Oktober 2013 E. 7.1; Schmidlin, in: Berner Kommentar, 2013, Art. 23/24 OR N 284 f.). Wenn die Genehmigungsvoraussetzungen nur für einen Teil der Vereinbarung über die Scheidungsfolgen erfüllt sind, kann das Gericht die Vereinbarung teilweise genehmigen, wenn nicht anzunehmen ist, dass die Ehegatten die Vereinbarung ohne die nicht genehmigungsfähigen Bestimmungen nicht abgeschlossen hätten (Art. 20 Abs. 2 OR

analog;Spycher, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 279 ZPO N 38;Tappy, in: Commentaire romand, 2. Auflage, Basel 2019, Art. 279 CPC N 25).

Mit ihrer gerichtlichen Genehmigung verliert die Scheidungsvereinbarung ihren privatrechtlichen Charakter und wird zum vollwertigen Bestandteil des gerichtlichen Entscheids (BGer 5A_493/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 1;Fankhauser, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 289 N 7;Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 320). Die genehmigte Vereinbarung über die Scheidungsfolgen kann daher grundsätzlich gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO mit Berufung angefochten werden (vgl. BGer 5A_96/2018 vom 13. August 2018 E. 2.2.3, 5A_121/2016 vom 8. Juli 2016 E. 4;Bähler, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2017 [nachfolgendBähler, Basler Kommentar], Art. 279 ZPO N 6a;Fankhauser, a.a.O., Art. 289 N 7;Seiler, a.a.O., N 320 f.). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dieses Streitwerterfordernis gilt aber nur, wenn ausschliesslich die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen angefochten werden (vgl.Seiler, a.a.O., N 732 f. und 738). Mit der Berufung kann ein Ehegatte eine Verletzung von Art. 279 Abs.

E. 1.2

1.2.1Mit ihrem Hauptbegehren beantragt die Ehefrau die vollumfängliche Aufhebung des Entscheids des Zivilgerichts vom 3. November 2020 und der Vereinbarung vom 15. September 2020 sowie die Rückweisung der Sache an das Zivilgericht zur Neu beurteilung. Dieses Rechtsbegehren ist unter Mitberücksichtigung der Begründung als sinn gemässer Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Nichtgenehmigung der angefochtenen Vereinbarung zu verstehen. Mit ihrem Eventualbegehren beantragt die Ehefrau unter anderem die Scheidung der Ehe und den Verzicht auf eine Teilung der während der Ehe angesparten Pensionskassenguthaben. Daher erscheint es zwar fraglich, ob die Aufhebung der Ziff. 1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids, mit der die Ehe geschieden wird, sowie der Ziff. 4 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids und der Ziff. 7 der angefochtenen Vereinbarung, mit denen festgestellt wird, dass kein Ausgleich von Guthaben aus beruflicher Vorsorge stattfindet, tatsächlich dem Willen der Ehefrau entspricht. Die Frage kann indes offen bleiben, weil auf die Berufung gegen diese Punkte mangels Begründung ohnehin nicht eingetreten werden kann. Die Ehefrau begründet nicht, weshalb die Scheidung der Ehe oder die Feststellung, dass kein Ausgleich von Guthaben aus beruflicher Vorsorge stattfindet, unrichtig sein könnte. Sie erklärt vielmehr sogar ausdrücklich, der Scheidungswille und der Verzicht auf die Teilung der Pensionskassenguthaben seien von den behaupteten täuschenden Handlungen des Ehemanns nicht betroffen (Berufung Ziff. 3). Auf die Berufung gegen Ziff. 1 und 4 des Entscheids des Zivilgerichts vom 3. November 2020 sowie Ziff. 7 der Vereinbarung vom 15. September 2020 ist somit mangels Begründung nicht einzutreten. Auf die Berufung gegen die übrigen Teile des angefochtenen Entscheids und der angefochtenen Vereinbarung ist einzutreten, weil deren Unrichtigkeit hinreichend begründet wird und die Ehefrau einen Willensmangel geltend macht, soweit sich ihre Berufung gegen die genehmigte Scheidungsvereinbarung richtet.

1.2.2Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, ist auf die Berufung gegen Ziff. 1 und 4 des Entscheids des Zivilgerichts vom 3. November 2020 sowie Ziff. 7 der Vereinbarung vom 15. September 2020 nicht einzutreten. Insoweit erwachsen der

angefochtene Entscheid und die angefochtene Vereinbarung damit in Teilrechtskraft, wenn der vorliegende Nichteintretensentscheid betreffend den Scheidungspunkt und die berufliche Vorsorge in Rechtskraft erwächst. Da der Entscheid betreffend den Scheidungspunkt ein Gestaltungsurteil ist und die Regelung der Scheidungsfolgen nicht vor der Regelung des Scheidungspunkts in Rechtskraft erwachsen können, hat eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, die sich zumindest auch gegen den Nichteintretensentscheid betreffend den Scheidungspunkt richtet, bezüglich des gesamten vorliegenden Entscheids gemäss Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG aufschiebende Wirkung (vgl. Bähler, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016 [nachfolgend Bähler, ZPO Kommentar], Art. 289 N 15; Tappy, a.a.O., Art. 289 CPC N 12). Der vorliegende Entscheid wird deshalb erst formell rechtskräftig, wenn die Frist für eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ungenutzt verstreicht oder das Bundesgericht auf eine allfällige Beschwerde in Zivilsachen gegen den Nichteintretensentscheid betreffend den Scheidungspunkt nicht eintritt. Bei Nichteintreten auf die Berufung wegen Formungültigkeit tritt die Rechtskraft rückwirkend am Tag nach Ablauf der Berufungsfrist ein (vgl. OGer BE ZK 13 55 vom 23. Oktober 2013 E. IV.3; Seiler, a.a.O., N 1670; Sterchi, in: Berner Kommentar, Art. 315 ZPO N 8). Wenn auf die Berufung gegen den Scheidungspunkt mangels Geltendmachung eines Willensmangels nicht eingetreten wird, wird die Rechtskraft der Auflösung der Ehe gemäss einer in Rechtsprechung und Lehre vertretenen Ansicht auf den Tag nach Ablauf der Berufungsfrist zurückbezogen (Bähler, ZPO Kommentar, Art. 289 N 16 FN 19; vgl. OGer BE ZK 13 55 vom 23. Oktober 2013 E. IV.2). Für den Fall, dass auf die Berufung gegen andere Punkte des Scheidungsentscheids eingetreten wird, kann dieser Auffassung allerdings nicht gefolgt werden. In diesem Fall ist betreffend gewisse Punkte eine zulässige Berufung hängig gewesen und hätte die Gegenpartei innert der Anschlussberufungsfrist eine zulässige Anschlussberufung gegen den Scheidungspunkt erheben können. Wie in den Fällen, in denen ein Teil des erstinstanzlichen Entscheids unangefochten bleibt (vgl. dazu OGer BE ZK 13 55 vom 23. Oktober 2013 E. IV.1; Bähler, Basler Kommentar, Art. 289 ZPO N 4; Reetz/Hilber, Art. 313 N 17 und Art. 315 N 15; Seiler, a.a.O., N 1657; Sterchi, a.a.O., Art. 315 ZPO N 5), kann die Teilrechtskraft daher erst am Tag nach dem Ablauf der Anschlussberufungsfrist eintreten. Wenn der vorliegende Entscheid in Rechtskraft erwächst, tritt die Rechtskraft von Ziff. 1 und 4 des Entscheids des Zivilgerichts vom 3. November 2020 sowie Ziff. 7 der Vereinbarung vom 15. September 2020 damit rückwirkend am 16. März 2021 (Tag nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist) ein. Soweit auf die Berufung eingetreten wird, besteht hingegen kein Grund für eine Rückwirkung. Insoweit tritt die Rechtskraft des vorliegenden Entscheids am Tag ein, der dem letzten Tag der Frist für eine Beschwerde an das Bundesgericht folgt, falls keine Beschwerde ans Bundesgericht ergriffen wird (vgl. für die Berufung Droese, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2017, Art. 336 ZPO N 4).

E. 1.3

1.3.1 Gemäss Art. 298 Abs. 1 ZPO wird das Kind durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen. Das Bundesgericht geht im Sinn einer Richtlinie davon aus, dass eine Kindesanhörung grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich ist (BGE 131 III 553 E. 1.2.3 S. 557). Bezüglich der elterlichen Sorge und Obhut sind Kinder gewöhnlich ab dem zwölften Altersjahr urteilsfähig (AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 2.1.2; vgl. BGer 5A_354/2015 vom 3. August 2015 E. 3.1, 5A_701/2011 vom 12. März 2012 E. 2.2.2).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf das Gericht auf eine Kindesanhörung nicht gestützt auf eine echte antizipierte Beweiswürdigung verzichten. Eine solche antizipierte Beweiswürdigung im eigentlichen Sinn liegt nur vor, wenn das Gericht ein an sich taugliches Beweismittel, das gegen ein vorweggenommenes Beweisergebnis angerufen wird, mit der Begründung nicht abnimmt, dass es seine Überzeugung schon gewonnen habe und sich davon auch durch den fraglichen Beweis nicht werde abbringen lassen. Gestützt auf eine unechte antizipierte Beweiswürdigung darf auf eine Kindesanhörung hingegen verzichtet werden, d.h. wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass eine Anhörung des Kinds bei der gegebenen Ausgangslage überhaupt keinen Erkenntniswert hätte, allfällige Ergebnisse aus der Kindesanhörung mit Blick auf die Feststellung der konkret rechtserheblichen Tatsachen also von vornherein objektiv untauglich bzw. irrelevant sind. Daran ändert auch der persönlichkeitsrechtliche Aspekt nichts, welcher der Kindesanhörung eignet, denn auch er zwingt das Gericht nicht zur Durchführung einer Anhörung, die angesichts eines fehlenden Erkenntniswertes einer reinen Formsache gleichkäme (BGE 146 III 203 E. 3.3.2 S. 207 f.).

1.3.2 Mit ihrer Klage vom 1. Oktober 2019 beantragte die Ehefrau, die elterliche Sorge über die beiden Söhne sei beiden Ehegatten zu belassen. Mit Stellungnahme vom 26. Februar 2020 empfahl der KJD, die elterliche Sorge über D____ und C____ beiden Ehegatten zuzusprechen. Mit den beiden Vereinbarungen vom 11. Mai und 15. September 2020 beantragten die Ehegatten jeweils übereinstimmend, die elterliche Sorge über ihre beiden Söhne ihnen beiden gemeinsam zu belassen. Mit Entscheid vom 3. November 2020 belies das Zivilgericht dementsprechend die elterliche Sorge über D____ und C____ beiden Ehegatten gemeinsam.

In ihrer Berufung vertritt die Ehefrau im Eventualbegehren die Ansicht, die elterliche Sorge über D____ und C____ sei ihr alleine zuzuteilen. Der Ehemann beantragt mit seiner Berufungsantwort die Abweisung der Berufung. Ihr Eventualbegehren auf Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge begründet die Ehefrau damit, dass der Ehemann den Sohn C____ manipuliert bzw. unter Druck gesetzt oder getäuscht habe sowie dass der Ehemann die Verantwortung für seine Söhne kaum wahrnehme und sich die Ehefrau um sämtliche Kinderbelange kümmere. Dass die Anhörung des nun siebenjährigen D____ im Hinblick auf den für die Frage der elterlichen Sorge rechtserheblichen Sachverhalt einen Erkenntniswert haben könnte, erscheint ausgeschlossen.

Mit ihrer Klage vom 1. Oktober 2019 beantragte die Ehefrau, die Obhut über D____ und C____ sei ihr zu belassen. Mit Stellungnahme vom 26. Februar 2020 empfahl der KJD, dass die Obhut über D____ und C____ der Ehefrau zugeteilt wird und die Regelung vom 31. Oktober 2017, die Besuchskontakte zwischen dem Ehemann und D____ jeden Donnerstag- und Samstagnachmittag von 14:00 bis 17:00 Uhr vorsah, bestätigt werde. Gemäss den Vereinbarungen vom 11. Mai und 15. September 2020 steht D____ ■ zum Sohn C____ s. unten E. 2.2.3 ■ unter der Obhut der Ehefrau und verbringt er mindestens jeden Donnerstag- und Samstagnachmittag von 14:00 bis 17:00 Uhr beim Ehemann. Mit Entscheid vom 3. November 2020 erkannte das Zivilgericht dementsprechend, dass D____ in der Obhut der Mutter steht, und genehmigte es die Vereinbarung vom 15. September 2020. In ihrer Berufung (Eventualantrag) vertritt die Ehefrau die Ansicht, dass ihr die Obhut über D____ allein zuzuteilen und der Ehemann zu berechnen sei, D____ mindestens jeden Donnerstag- und Samstagnachmittag von 14:00 bis 17:00 Uhr zu sich zu Besuch zu nehmen ■ also an sich exakt jene Regelung, die der angefochtene Entscheid

enthält. Der Ehemann beantragt mit seiner Berufungsantwort die Abweisung der Berufung. Damit herrscht bezüglich der Obhut und des Besuchsrechts betreffend D_____ unter den Parteien im Ergebnis offensichtlich vollständige Einigkeit und entspricht die beantragte und vom Zivilgericht genehmigte Regelung der Empfehlung einer Fachbehörde. Unter diesen Umständen erscheint es ausgeschlossen, dass die Äusserungen von D_____ anlässlich einer Anhörung für die Beurteilung der Obhut und des Besuchsrechts eine Rolle spielen könnten. Damit hätte seine Anhörung auch diesbezüglich keinen Erkenntniswert. Aus den vorstehenden Gründen ist auf eine Anhörung von D_____ gestützt auf eine unechte antizipierte Beweiswürdigung zu verzichten. Zu Recht ist denn auch von keiner Partei seine Anhörung im Berufungsverfahren verlangt worden.

Demgegenüber erheischen das Alter von C_____ und seine in der Vergangenheit geänderten Wünsche der Regelung der elterlichen Obhut seine Anhörung auch zur Regelung der elterlichen Sorge und der elterlichen Obhut. Er ist dementsprechend am 7. April 2021 angehört worden (vgl. Aktennotiz).

1.4 Im Übrigen ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass die vorliegende Berufung unter Einhaltung der Anforderungen gemäss Art. 311 ZPO rechtzeitig innert der Frist von dreissig Tagen gemäss Art. 311 ZGB eingereicht worden ist. Auf das Rechtsmittel ist demzufolge grundsätzlich einzutreten ■ mit der dargelegten Ausnahme betreffend Berufung gegen Ziff. 1 und 4 des Entscheids des Zivilgerichts vom 3. November 2020 sowie Ziff. 7 der Vereinbarung vom 15. September 2020. 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).

E. 2.1

2.1.1 Die Kinder stehen, solange sie minderjährig sind, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter (Art. 296 Abs. 2 ZGB). In einem Scheidungsverfahren überträgt das Gericht einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Die gemeinsame elterliche Sorge stellt den Grundsatz dar und die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge muss eine eng begrenzte Ausnahme bleiben (BGE 142 III 197 E. 3.7 S. 201; AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 3.3.1). Die alleinige elterliche Sorge darf nicht bereits dann angeordnet werden, wenn mit ihr dem Kindeswohl besser gedient ist als mit der gemeinsamen elterlichen Sorge (keine positive Kindeswohlprüfung). Die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge ist vielmehr nur dann zulässig, wenn bei gemeinsamer elterlicher Sorge aufgrund einer tatsachenbasierten Sachverhaltsprognose eine erhebliche Beeinträchtigung des Kindeswohls zu befürchten ist und zudem bei alleiniger elterlicher Sorge eine Verbesserung zu erwarten ist (negative Kindeswohlprüfung) (AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 3.3.1; vgl. BGE 142 III 197 E. 3.7 S. 201; BGer 106/2019 vom 16. März 2019 E. 5.4, 5A_81/2016 vom 2. Mai 2016 E. 5; Bächler/Clausen, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, 3. Auflage, Bern 2017, Art. 298 ZGB N 19 f. und 24). Es muss erstellt sein, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht (AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 3.3.1; Bächler/Clausen, a.a.O., Art. 298 ZGB N 20). Die sich nicht nur im Besuchs-, sondern auch im Sorgerecht ausdrückende Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen ist wichtig und kann bei dessen Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen (BGE 142 III 1 E. 3.4 S. 7; AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 3.3.1). Zunächst ist die

Alleinzuteilung der elterlichen Sorge in Betracht zu ziehen, wenn die Voraussetzungen des Entzugs der elterlichen Sorge als Kindesschutzmassnahme erfüllt sind (AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 3.3.2; vgl. Bächler/Clausen, a.a.O., Art. 298 ZGB N 16; Schwenzer/Cottier, in: Basler Kommentar, 6. Auflage 2018, Art. 298 ZGB N 13). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZGB wird die elterliche Sorge entzogen, wenn die Eltern wegen Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, Abwesenheit, Gewalttätigkeit oder ähnlichen Gründen ausserstande sind, die elterliche Sorge pflichtgemäss auszuüben (Ziff. 1) oder wenn die Eltern sich um das Kind nicht ernstlich gekümmert oder ihre Pflichten gegenüber dem Kind gröblich verletzt haben (Ziff. 2) und wenn andere Kindesschutzmassnahmen erfolglos geblieben sind oder von vornherein als ungenügend erscheinen. Zudem muss die Kindesschutzmassnahme verhältnismässig sein. Dies setzt voraus, dass sie zur Abwendung der Gefährdung des Kindeswohls geeignet und erforderlich ist und die Schwere des Eingriffs in einem vernünftigen Verhältnis zum erhofften Nutzen steht (AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 3.3.2; Cottier, in: Bächler/Jakob [Hrsg.], Kurzkomentar ZGB, 2. Auflage, Basel 2018, Vor Art. 307-317 N 7). Der Entzug der elterlichen Sorge gemäss Art. 311 Abs. 1 ZGB hat absoluten Ausnahmeharakter und erfolgt nur in ganz krassen Ausnahmefällen (BGE 141 III 472 E. 4.5 S. 478; AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 3.3.2). Auch andere bzw. weniger gravierende Gründe als die in Art. 311 Abs. 1 ZGB für den Entzug der elterlichen Sorge genannten können die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge rechtfertigen (BGE 141 III 472 E. 4.4 f. S. 476 ff.). Insbesondere ein schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt oder eine anhaltende Kommunikationsunfähigkeit kann unter Umständen eine Alleinzuteilung des Sorgerechts gebieten, wenn sich der Mangel negativ auf das Kindeswohl auswirkt und von einer Alleinzuteilung eine Verbesserung der Situation erwartet werden kann. Erforderlich ist aber in jedem Fall eine Erheblichkeit und Chronizität des Konflikts oder der gestörten Kommunikation. Auseinandersetzungen oder Meinungsverschiedenheiten, wie sie in allen Familien vorkommen und insbesondere mit einer Trennung oder Scheidung einhergehen können, dürfen nicht Anlass für eine Alleinzuteilung der elterlichen Sorge sein (BGE 142 III 1 E. 3.3 S. 5 f., 141 III 472 E. 4.6 f. S. 478 f.; AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 3.3.3).

2.1.2 Mit ihrer Klage vom 1. Oktober 2019 beantragte die Ehefrau, die elterliche Sorge über die beiden Söhne sei beiden Ehegatten zu belassen. Mit Stellungnahme vom 26. Februar 2020 empfahl der KJD, die elterliche Sorge über D____ und C____ beiden Ehegatten zuzusprechen. Mit den Vereinbarungen vom 11. Mai und 15. September 2020 beantragten die Ehegatten übereinstimmend, die elterliche Sorge über ihre beiden Söhne beiden Ehegatten gemeinsam zu belassen. Mit Entscheid vom 3. November 2020 belass das Zivilgericht die elterliche Sorge über D____ und C____ beiden Ehegatten gemeinsam. In ihrer Berufung vertritt die Ehefrau demgegenüber nun die Ansicht, die elterliche Sorge über D____ und C____ sei ihr alleine zuzuteilen. Der Ehemann beantragt mit seiner Berufungsantwort die Abweisung der Berufung. Ihr Eventualbegehren auf Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge begründet die Ehefrau damit, dass der Ehemann aus eigenen finanziellen Interessen C____ manipuliert bzw. unter Druck gesetzt oder getäuscht habe sowie dass der Ehemann die Verantwortung für seine Söhne kaum wahrnehme und sich die Ehefrau um sämtliche Kinderbelange kümmere (vgl. Berufung Ziff. 3 und 5). Der Ehemann bestreitet, dass er C____ manipuliert bzw. unter Druck gesetzt oder getäuscht habe, und macht geltend, er habe keine Entscheidung getroffen, die nicht dem Wohl des Kindes entsprochen habe (vgl. Berufungsantwort S. 6-8).

Der Vorwurf der Ehefrau, dass der Ehemann C_____ manipuliert, unter Druck gesetzt oder getäuscht habe, erscheint nicht begründet. Namentlich die Anhörung von C_____ lieferte keinerlei Hinweise auf ein entsprechendes Verhalten des Ehemanns. Als nachvollziehbaren Grund, weshalb er vorübergehend beim Ehemann leben wollte, gab der Junge vielmehr Probleme mit dem Freund der Mutter an (Aktennotiz S. 2).

Betreffend die Wahrnehmung der Verantwortung für die Kinder stellte der KJD fest, die elterliche Sorge werde letztlich zwar fast ausschliesslich von der Ehefrau umgesetzt. Die Entscheidungskompetenz sei zwischen den Eltern in den letzten Jahren aber kein Thema gewesen (Stellungnahme vom 26. Februar 2020 S. 3, act. 8 F.2019.399).

Gemäss Teilentscheid des Zivilgerichts vom 31. Oktober 2017 hatte der Ehemann das Recht, mit C_____ und D_____ den Donnerstagnachmittag von 14:00 bis 17:00 und den Samstagnachmittag von 14:00 bis 18:00 zu verbringen. Ab dem 10. Dezember 2017 sollte der Ehemann zusätzlich den Mittwochnachmittag ab 14:00 mit C_____ verbringen und ihn anschliessend zum Fussballtraining begleiten. In der Eheschutzverhandlung vom 19. Oktober 2018 erklärte die Ehefrau, die Kinder hätten den Ehemann regelmässig gesehen (Verhandlungsprotokoll vom 19. Oktober 2018 S. 2). In ihrer Scheidungsklage vom 1. Oktober 2019 (Ziff. 1) erklärte die Ehefrau, C_____ verweigere zurzeit den Kontakt zum Ehemann und habe diesen schon länger nicht mehr besucht. D_____ verbringe regelmässig Zeit beim Ehemann. Unter Mitberücksichtigung dieser Tatsachen kann der Umstand, dass der Ehemann die elterliche Sorge in den letzten Jahren kaum wahrgenommen habe, nicht als nicht ernstliches Kümmern im Sinn von Art. 311 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB qualifiziert werden. Zudem ist nicht ersichtlich, dass das Kindeswohl dadurch gefährdet worden wäre, und ist offensichtlich, dass die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge nicht geeignet wäre, den Ehemann dazu zu bewegen, sich mehr um seine Kinder zu kümmern. Eine Alleinzuteilung der elterlichen Sorge an die Ehefrau würde offensichtlich keine Verbesserung der Situation der Kinder mit sich bringen.

Aus dem Schreiben der IV-Stelle Basel-Stadt vom 30. März 2021 respektive aus der diesem beigelegten Verfügung der IV vom 10. August 2020 und der Ausgleichskasse SBV ergibt sich, dass dem Ehemann am 10. August 2020 IV-Leistungen (Nachzahlungen) im Umfang von CHF 117'787.██, darunter rund CHF 50'000.██ Kinderrenten für C_____ und D_____, zugesprochen worden sind, welche der Ehemann laut eigenen Angaben (vgl. act. 20) abgehoben und in Spielcasinos verprasst haben will. Es wird von der Berufungsklägerin zwar nicht explizit geltend gemacht, liegt aber auf der Hand und ist angesichts der im Bereich des Kindesrechts geltenden Offizialmaxime und Untersuchungsgrundsatz zu berücksichtigen, dass der Berufungsbeklagte durch sein Verhalten die Interessen seiner Kinder nicht gewahrt hat. Es könnte sich die Frage stellen, ob er dadurch seine Pflichten gegenüber den Söhnen gröblich verletzt hat und ihm allenfalls deshalb die elterliche Sorge zu entziehen wäre. Allerdings ist die Frage der elterlichen Sorge im vorliegenden Fall für das Risiko einer zweckwidrigen Verwendung von Kinderrenten der IV nicht relevant. Grundsätzlich wird eine Kinderrente der IV wie die Rente ausbezahlt, zu der sie gehört (Art. 35 Abs. 4 Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20]). Sind die Eltern des Kinds nicht mehr miteinander verheiratet oder leben sie getrennt, so ist die Kinderrente auf Antrag dem nicht rentenberechtigten Elternteil ausbezahlt, wenn diesem die elterliche Sorge über das Kind zusteht und es bei ihm wohnt (Art. 71ter Abs. 1 Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV, SR 831.101] in Verbindung mit Art. 82 Abs. 1 Verordnung über die Invalidenversicherung [IVV, SR

831.201]). Diese Bestimmung ist auch bei gemeinsamer elterlicher Sorge anwendbar (Fankhauser/Kämpf, Ausgewählte Probleme beim Zusammenspiel von Kindesunterhalt und Sozialversicherungsleistungen, in: Riemer-Kafka [Hrsg.], Sozialversicherungsrecht: seine Verknüpfungen mit dem ZGB, Zürich 2016, S. 126, 139; Gloor, Gemeinsame elterliche Sorge ■ erste Erfahrungen und besondere Fragestellungen, in: AJP 2004 S. 217, 221). Unter diesen Umständen rechtfertigt das Verhalten des Ehemannes, so dreist es auch erscheint, keine Alleinzuteilung der elterlichen Sorge an die Ehefrau.

Insgesamt ist nicht ersichtlich, dass bei weiterhin gemeinsamer elterlicher Sorge eine erhebliche Beeinträchtigung des Kindeswohls zu befürchten und insbesondere bei alleiniger elterlicher Sorge der Ehefrau eine Verbesserung der Situation zu erwarten wäre. Damit kommt eine Alleinzuteilung der elterlichen Sorge vorliegend nicht in Betracht und ist die elterliche Sorge den Ehegatten entsprechend dem angefochtenen Entscheid gemeinsam zu belassen. Die Vorinstanz wird, im Falle der Rückweisung des Verfahrens auch betreffend des Kinderunterhalts, zu erwägen haben, ob dann in diesem Zusammenhang allenfalls eine unabhängige Vertretung für C_____ und D_____ einzusetzen sein wird.

E. 2.2

2.2.1 Im Scheidungsverfahren hat das Gericht auch die Obhut über die minderjährigen Kinder zu regeln (Art. 298 Abs. 2 ZGB). Die alternierende Obhut steht im vorliegenden Fall offensichtlich nicht zur Diskussion. Damit bleibt zu regeln, in die Obhut welches Ehegatten die beiden Kinder zu stellen sind. Massgebend für die Zuteilung der alleinigen Obhut ist das Kindeswohl. Die Interessen der Eltern haben in den Hintergrund zu treten (AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 4.14.1; vgl. BGer 5A_976/2014 vom 30. Juli 2015 E. 2.3, 5A_985/2014 vom 25. Juni 2015 E. 3.2.1; Schwenger/Cottier, a.a.O., Art. 298 ZGB N 5). Beim Entscheid, wem die alleinige Obhut zugeteilt wird, können insbesondere die folgenden Kriterien berücksichtigt werden: Erziehungsfähigkeit der Eltern, Qualität der persönlichen Beziehungen der Eltern zum Kind, die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, die Bindungstoleranz der Eltern, die Beziehungen des Kindes zu (Halb- oder Stief-)Geschwistern, die Einbettung des Kindes in ein weiteres soziales Umfeld, die Kontinuität der Betreuung und die Stabilität der Verhältnisse sowie ■ je nach Alter des Kindes ■ dessen eindeutiger Wunsch (AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 4.14.1; vgl. BGE 142 III 612 E. 4.3 f. S. 615 ff.; BGer 5A_41/2016 vom 19. Mai 2016 E. 5.2.1; Affolter-Fringeli/Vogel, in: Berner Kommentar, 2016, Art. 298 ZGB N 30 und 52; Büchler/Clausen, a.a.O., Art. 298 ZGB N 34 ff.; Schwenger/Cottier, a.a.O., Art. 298 ZGB N 5). Das Kind kann zwar nicht autonom bestimmen, ob und zu welchen Bedingungen es Umgang mit dem nicht sorge- oder obhutsberechtigten Elternteil haben möchte, und der von ihm geäusserte Wille kann nicht das alleinige Element bei der gerichtlichen Entscheidungsfindung sein. Andernfalls würde der Kindeswille mit dem Kindeswohl gleichgesetzt, obwohl sich die beiden Elemente durchaus widersprechen können (BGer 5A_728/2015 vom 25. August 2016 E. 2.1; AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 4.8.2; vgl. 5A_160/2011 vom 29. März 2011 E. 4; Michel/Schlatter, in: Büchler/Jakob [Hrsg.], Kurzkommentar ZGB, 2. Auflage, Basel 2018, Art. 273 N 10). Der Kindeswille ist bei älteren Kindern aber ein massgebliches Kriterium für den Entscheid über die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs (BGer 5A_160/2011 vom 29. März 2011 E. 4; AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 4.8.2; vgl. BGer 5A_728/2015 vom 25. August 2016 E. 2.1, 5A_719/2013 vom 17. Oktober 2014 E. 4.4; Michel/Schlatter, a.a.O., Art. 273 N 10). Die vorstehend erwähnten Richtlinien müssen sinngemäss auch für die

Berücksichtigung des Kindeswillens beim Entscheid über die Zuteilung der elterlichen Obhut gelten (vgl. AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 4.8.2 betreffend den Entscheid über die alternierende Obhut).

2.2.2 Die Beteiligten sind sich einig, dass D ____ in der Obhut der Ehefrau stehen soll. Ein Hinweis darauf, dass dies nicht dem Kindeswohl entsprechen könnte, besteht nicht; vielmehr entspricht dies auch der Empfehlung des KJD (vgl. act. 8 F.2019.399). Damit ist der diesbezügliche Entscheid des Zivilgerichts ohne weiteres zu bestätigen.

2.2.3 Gemäss dem Teilentscheid des Zivilgerichts vom 31. Oktober 2017 und dem Entscheid des Zivilgerichts vom 19. Oktober 2018 verblieb die Obhut über die beiden Kinder bei der Ehefrau. Mit ihrer Klage vom 1. Oktober 2019 beantragte die Ehefrau, die Obhut über C ____ sei ihr zu belassen. Mit Stellungnahme vom 26. Februar 2020 empfahl der KJD, die Obhut über C ____ der Ehefrau zuzuteilen. Mit der Vereinbarung vom 11. Mai 2020 beantragten die Ehegatten sinngemäss übereinstimmend, die Obhut über C ____ sei der Ehefrau zuzuteilen. Mit dem Entscheid vom 14. August 2020 teilte das Zivilgericht die Obhut über C ____ der Ehefrau zu. Der Grund dafür, dass sich die Ehegatten schliesslich in der Vereinbarung vom 15. September 2020 darauf einigten, dass C ____ unter der Obhut des Ehemanns stehe, und dass das Zivilgericht mit Entscheid vom 3. November 2020 die Obhut über C ____ doch dem Ehemann zuteilte, bestand offensichtlich ausschliesslich darin, dass C ____ am 26. August 2020, nach Kenntnisnahme des Entscheids vom 14. August 2020, gegenüber dem Zivilgericht telefonisch erklärte, er sei mit der Zuteilung der Obhut an die Mutter nicht einverstanden, und er lebe seit kurzem beim Vater (vgl. Protokoll F.2019.399). Damit ist insbesondere gestützt auf die Empfehlung des KJD davon auszugehen, dass die objektiven Umstände dafür sprechen, dass die Obhut der Mutter dem Kindeswohl besser entspricht. Nachdem C ____ mit E-Mail vom 27. November 2020 erklärt hat, er wolle nicht beim Ehemann bleiben, sondern bei der Ehefrau (act. 29 F.2019.399), und den Wunsch, bei der Ehefrau zu leben, anlässlich der Kindesanhörung vom 29. April 2021 bestätigt hat (Akttenotiz S. 2), spricht aufgrund dieser im Berufungsverfahren zu berücksichtigenden Noven neu auch der Kindeswille für die Obhut der Ehefrau. Da C ____ seinen Wunsch und den Meinungsumschwung nachvollziehbar begründen konnte, besteht auch kein Anlass zur Befürchtung, er könnte seine Meinung in Kürze erneut ändern. C ____ wirkte bei der Anhörung vom 29. April 2021 offen, reif und überlegt. Er konnte seine Bedürfnisse und Wünsche klar äussern. C ____ erklärte, nach der Trennung der Ehegatten im September 2017 habe er bei der Ehefrau gelebt. Während zwei bis drei Monaten vor seinem Anruf beim Zivilgericht vom 26. August 2020 habe er beim Ehemann gelebt. Er habe sich damals entschieden, beim Ehemann zu leben, weil er sich mit dem Freund der Ehefrau nicht so gut verstanden habe. Beide Ehegatten seien damit einverstanden gewesen. Beim Ehemann sei es gut gelaufen. Auf Initiative der Ehefrau hätten sich C ____, die Ehefrau und ihr Freund zusammengesetzt und die Probleme besprochen, die er mit dem Freund gehabt habe (Akttenotiz S. 2). Indem die Ehefrau ein Gespräch initiierte, als einer ihrer Söhne Probleme mit ihrem Freund hatte, handelte sie im Interesse des Kindeswohls und nahm sie keinen unzulässigen Einfluss auf den Sohn. Gemäss seinen Angaben entschied sich C ____ nach dem Gespräch, wieder bei der Ehefrau zu leben, weil er sich dort sicherer fühle. Nach dem Grund dafür gefragt erwähnte er den Alkoholkonsum des Ehemanns (Akttenotiz S. 2). Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass der KJD bereits in seiner Stellungnahme vom 26. Februar 2020 davon ausging, der Ehemann könne aufgrund seiner psychischen Situation und seines deutlichen Alkoholkonsums nicht mehr Verantwortung für seine Söhne

übernehmen (Stellungnahme vom 26. Februar 2020 S. 3, act. 8 F.2019.399). Schliesslich erklärte C____, er habe kaum Kontakt mit dem Freund der Ehefrau. Dieser störe ihn aber auch nicht (Aktennotiz S. 2). Aus den vorstehenden Gründen ist die alleinige Obhut über C____ der Ehefrau zuzuteilen.

2.2.4 Da beide Söhne unter der Obhut der Mutter stehen, sind dieser auch die Erziehungsgutschriften der AHVV zu 100 % anzurechnen.

E. 2.3

2.3.1 Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist das Kindeswohl, das anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist (BGer 5A_728/2015 vom 25. August 2016 E. 2.1, 5A_404/2015 vom 27. Juni 2016 E. 5.2.2, 5A_160/2011 vom 29. März 2011 E. 4; AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 5.1; Michel/Schlatter, a.a.O., Art. 273 N 9). Der geäusserte Kindeswille ist beim Entscheid über die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs angemessen und entsprechend dem Alter des Kindes zu berücksichtigen (AGE ZB.2019.29 vom 6. Mai 2020 E. 5.1; vgl. dazu ausführlich oben E. 2.2.1).

2.3.2 In der Eheschutzverhandlung vom 31. Oktober 2017 beantragte die Ehefrau, das Besuchsrecht des Ehemanns für die Söhne sei auf Donnerstag und Samstag von 14:00 bis 17:00 festzulegen. Der Ehemann beantragte, es sei ihm ein Besuchsrecht jeden Donnerstag und Samstag von 14:00 bis 18:00 einzuräumen. Zudem sei ihm zu erlauben, C____ jeden Mittwochnachmittag von 14:00 bis 17:30 bis zum Beginn des Fussballtrainings sowie ab dem 10. Dezember 2017 jeden zweiten Freitag bis Sonntag zu sich zu nehmen (Verhandlungsprotokoll vom 31. Oktober 2017 S. 2 f.). Mit Teilentscheid vom 31. Oktober 2017 erkannte das Zivilgericht, dass der Ehemann das Recht habe, mit C____ und D____ den Donnerstagnachmittag von 14:00 bis 17:00 und den Samstagnachmittag von 14:00 bis 18:00 zu verbringen. Zudem sollte der Ehemann ab dem 10. Dezember 2017 zusätzlich den Mittwochnachmittag ab 14:00 mit C____ verbringen und ihn anschliessend zum Fussballtraining begleiten (vgl. Akten EA.2017.14663).

In der Verhandlung des Zivilgerichts vom 19. Oktober 2018 erklärte die Ehefrau, die drei Stunden am Donnerstag seien nicht so gut, weil sich die Kinder unter der Woche auf die Schule konzentrieren sollten. Sie schlug vor, dass die Kinder von Samstag bis Sonntagmittag zum Ehemann gehen. Der Ehemann beantragte, D____ am Dienstagnachmittag, Donnerstagnachmittag und Sonntagnachmittag zu sich auf Besuch nehmen zu dürfen. Zudem sollte für beide Kinder eine Übernachtung pro Monat von Samstag auf Sonntag festgelegt werden. Der Ehemann erklärte, C____ spiele Fussball und habe am Mittwoch und Freitag Training und am Samstag bis 17:00 oder 18:00 Spiele. Der Ehemann begleite ihn zu den Spielen. In dieser Zeit könne er das Besuchsrecht für D____ nicht wahrnehmen. Dieses habe er dann am Sonntag wahrgenommen. Die Ehefrau erklärte, die Besuche von C____ würden, wie es gerade passe, durchgeführt. Dies sei für sie schwierig. Wann die Besuche stattfänden, sei nicht so wichtig, aber die Zeiten sollten festgelegt werden. Dass C____ den Ehemann darüber hinaus spontan besuche, sei kein Problem. Aus ihrer Sicht könne C____ immer von Samstag auf Sonntag zum Vater gehen. In der letzten Zeit seien die Kinder nicht zusammen zum Vater gegangen. Die Zivilgerichtspräsidentin schlug vor, dass D____ den Ehemann am Dienstag- und

Donnerstagnachmittag sowie am Samstag nach dem Fussball besucht und C____ den Ehemann am Samstag besucht. Die Ehefrau war damit einverstanden (Verhandlungsprotokoll vom 19. Oktober 2018 S. 2 f.). Die Ehegatten vereinbarten dann am 19. Oktober 2018, dass D____ den Dienstag- und Donnerstagnachmittag von 14:00 bis 17:00 beim Ehemann verbringe, der Ehemann C____ an den Samstagen zu den Fussballspielen begleite, C____ und D____ jeden zweiten Samstagabend bis Sonntag nach dem Mittagessen beim Ehemann verbrächten und die Kinder den Ehemann nach Wunsch und Absprache unter den Ehegatten auch zusätzlich treffen dürften. Mit Entscheid vom selben Tag genehmigte das Zivilgericht diese Vereinbarung (vgl. Akten EA.2017.14663).

Der KJD empfahl in seiner Stellungnahme vom 26. Februar 2020, S. 3, die Bestätigung der Kontaktregelung gemäss dem Teilentscheid des Zivilgerichts vom 31. Oktober 2017; C____ solle diese jedoch nach eigenem Ermessen ausfüllen dürfen (act. 8 F.2019.399). Der KJD scheint davon ausgegangen zu sein, die Regelung des persönlichen Verkehrs gemäss dem Teilentscheid vom 31. Oktober 2017 sei aktuell gewesen und habe auf einer Vereinbarung der Ehegatten beruht. Zudem scheint er davon ausgegangen zu sein, das Besuchsrecht am Samstag sei nur bis 17:00 statt bis 18:00 vorgesehen gewesen. Die aktuelle Regelung findet sich jedoch in der Vereinbarung vom 19. Oktober 2018, wurde mit Entscheid des Zivilgerichts vom selben Tag genehmigt und weicht von derjenigen gemäss dem Teilentscheid vom 31. Oktober 2017 leicht ab.

Gemäss der Vereinbarung vom 11. Mai 2020, die auf der Annahme beruht, dass sich beide Kinder in der Obhut der Ehefrau befinden (Ziff. 2), einigen sich C____ und der Ehemann, wann und wie häufig sie sich sehen, verbringt D____ mindestens jeden Donnerstag- und Samstagnachmittag von 14:00 bis 17:00 beim Ehemann und entscheidet über allfällige Streitigkeiten betreffend den persönlichen Verkehr gemäss Art. 134 Abs. 4 ZGB die zuständige Kindesschutzbehörde (Ziff. 3). Mit dem Entscheid vom 14. August 2020, mit dem das Zivilgericht die Obhut über beide Kinder der Ehefrau zuteilte, genehmigte es diese Vereinbarung und erkannte, dass die zuständige Kindesschutzbehörde gemäss Art. 134 Abs. 4 ZGB allfällige Streitigkeiten über den persönlichen Verkehr entscheide. Gemäss der Vereinbarung vom 15. September 2020, die auf der Annahme beruht, dass C____ unter der Obhut des Ehemanns und D____ unter der Obhut der Ehefrau stehen (Ziff. 2), einigen sich C____ und die Ehefrau, wann und wie häufig sie sich sehen, verbringt D____ mindestens jeden Donnerstag- und Samstagnachmittag von 14:00 bis 17:00 beim Ehemann und entscheidet über allfällige Streitigkeiten betreffend den persönlichen Verkehr gemäss Art. 134 Abs. 4 ZGB die zuständige Kindesschutzbehörde. Mit dem angefochtenen Entscheid vom 3. November 2020, mit dem das Zivilgericht die Obhut über D____ der Ehefrau und die Obhut über C____ dem Ehemann zuteilte, genehmigte es diese Vereinbarung und erkannte, dass die zuständige Kindesschutzbehörde gemäss Art. 134 Abs. 4 ZGB allfällige Streitigkeiten über den persönlichen Verkehr entscheide.

2.3.3 Betreffend den persönlichen Verkehr des Ehemanns mit D____ besteht zwischen den Parteien nach dem Gesagten grundsätzlich Einigkeit. Die von den Ehegatten vereinbarte Regelung entspricht zudem der Empfehlung des KJD. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass diese Regelung auch mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Betreffend D____ kann die Genehmigung von Ziff. 3 der Vereinbarung vom 15. September 2020 daher bestätigt werden. Da der diesbezüglichen Vereinbarung lediglich die Bedeutung übereinstimmender Anträge zukommt (vgl. oben E. 1.1.4), erscheint es jedoch sinnvoll, die Regelung des persönlichen Verkehrs auch in Ziff. 2 des Dispositivs aufzunehmen.

2.3.4 Bezüglich des persönlichen Verkehrs des Ehemanns mit C_____ kann die Vereinbarung vom 15. September 2020 nicht genehmigt werden, weil sie auf der Annahme beruht, dass C_____ unter der Obhut des Ehemanns steht, und die Obhut über C_____ mit dem vorliegenden Entscheid der Ehefrau zugeteilt wird. Aus den Vereinbarungen vom 11. Mai und 15. September 2020 kann geschlossen werden, dass die Ehegatten sich einig sind, dass sich C_____ und der Ehegatte, dem die Obhut nicht zusteht, untereinander einigen, wann und wie häufig sie sich sehen. C_____ erklärte anlässlich seiner Anhörung, er möchte gerne mit dem Ehemann direkt abmachen, wann sie sich sehen. Dazu brauche es keine Regelung durch das Gericht (Aktennotiz S. 2). Der KJD empfiehlt ebenfalls, dass C_____ die Kontaktregelung nach eigenem Ermessen ausfüllen darf. Gemäss seinen eigenen Angaben an der Anhörung hält sich C_____ etwa jede dritte oder vierte Woche am Samstag und Sonntag beim Ehemann auf. Teilweise übernachtete er dabei auch beim Ehemann. Die Besuchszeiten seien von den Zeiten der Fussballspiele von C_____ abhängig. Der Ehemann komme manchmal auch zu den Fussballspielen. C_____ möchte den Ehemann weiterhin im derzeit gelebten Umfang sehen (Aktennotiz S. 1 f.). Aufgrund der Angaben von C_____ ist davon auszugehen, dass regelmässige Kontakte zwischen ihm und dem Ehemann auch ohne gerichtliche Regelung gewährleistet sind. Aus den vorstehenden Gründen ist anzunehmen, die Absprache des persönlichen Verkehrs zwischen C_____ und dem Vater diene im vorliegenden Fall dem Kindeswohl. Daher kann heute auf eine inhaltliche Regelung des persönlichen Verkehrs entsprechend den Vereinbarungen vom 11. Mai und 15. September 2020 verzichtet und erkannt werden, dass C_____ und der Ehemann sich einigen, wann und wie häufig sie sich sehen, und die zuständige Kindesschutzbehörde gemäss Art. 134 Abs. 4 ZGB allfällige Streitigkeiten über den persönlichen Verkehr entscheidet. Auch dies wird in Ziff. 2 des Dispositivs aufgenommen.

E. 3

3.1 Mit der Vereinbarung vom 11. Mai 2020 verpflichtete sich der Ehemann unter anderem, die Ehefrau umgehend und unaufgefordert über den Erhalt von Leistungen der IV und über den rechtskräftigen Entscheid der IV zu informieren. Bis zur gerichtlichen Genehmigung entfaltete diese Vereinbarung zwar noch keine Rechtswirkungen (vgl. Art. 279 Abs. 2 ZPO; Sutter-Somm/Gut, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 279 N 6 und 19). Mit Entscheid vom 14. August 2020 genehmigte das Zivilgericht aber die Vereinbarung. Dieser Entscheid wurde den Parteien am 20. August 2020 ohne schriftliche Begründung eröffnet (vgl. Zustellbescheinigungen in Akten F.2019.399). C_____ erklärte dem Zivilgericht zwar am 26. August 2020, dass er mit dem Entscheid nicht einverstanden sei. Die Ehegatten selbst verlangten innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheids aber keine schriftliche Begründung. Damit waren die Vereinbarung vom 11. Mai 2020 und der Entscheid vom 14. August 2020 ab dem 1. September 2020 an sich rechtskräftig und vollstreckbar (vgl. Art. 239 Abs. 2 ZPO). Jedenfalls war die Vereinbarung vom 11. Mai 2020 in diesem Zeitpunkt verbindlich. Erst mit Verfügung vom 13. November 2020 wurde die gerichtliche Genehmigung der Vereinbarung vom 11. Mai 2020 aufgehoben. Jedenfalls war der Ehemann in der Zeit vom 1. September bis 12. November 2020 somit gestützt auf die Vereinbarung vom 11. Mai 2020 verpflichtet, die Ehefrau umgehend und unaufgefordert über den Erhalt von Leistungen der IV und über den rechtskräftigen Entscheid der IV zu informieren.

3.2 Am 15. September 2020 schlossen die Ehegatten eine neue Vereinbarung über die Scheidungsfolgen ab. Der Umstand, dass sich diese insbesondere betreffend

Kinderunterhalt (Ziff. 4), Verzicht auf nachehelichen Unterhalt (Ziff. 5) und die güterrechtliche Auseinandersetzung (Ziff. 6) inhaltlich nicht von derjenigen vom 11. Mai 2020 unterscheidet, ändert entgegen der Ansicht des Ehemanns (vgl. Berufungsantwort S. 6) nichts daran, dass mit dem angefochtenen Entscheid nicht die Vereinbarung vom 11. Mai 2020, sondern die Vereinbarung vom 15. September 2020 genehmigt worden ist und folglich für die Frage des Vorliegens von Willensmängeln insoweit nicht der 11. Mai, sondern der 15. September 2020 massgebend ist (vgl. zur Massgeblichkeit des Zeitpunkts des Abschlusses der Vereinbarung für das Vorliegen von Willensmängeln Geiser, Regelung des Scheidungsunterhalts im Ehevertrag?, in: Jusletter 4. November 2019, N 16; Jungo/Arndt, Scheidungskonventionen auf Vorrat sind bindend, in: Jusletter 9. Dezember 2019, N 11; a. M. Raveane/Schmucki, Die antizipierte Scheidungskonvention, in: FamPra.ch 2020 S. 589, 606).

E. 3.3

3.3.1 Mit Verfügung der IV vom 10. August 2020 wurde dem Ehemann für die Zeit vom 1. März 2017 bis 31. Mai 2020 eine ganze befristete IV-Rente zugesprochen. Dem Ehemann wurde eine Nachzahlung von CHF 117'787.90 ausgerichtet. Dieser Betrag umfasst die folgenden Positionen: 22 x Invalidenrente CHF 1'603. (März 2017 bis Dezember 2018) + 22 x Kinderrente C CHF 641. (März 2017 bis Dezember 2018) + 22 x Kinderrente D CHF 641. (März 2017 bis Dezember 2018) + 17 x Invalidenrente CHF 1'616. (Januar 2019 bis Mai 2020) + 17 x Kinderrente C CHF 647. (Januar 2019 bis Mai 2020) + 17 x Kinderrente D CHF 647. (Januar 2019 bis Mai 2020) + Verzugszins CHF 6'888., abzüglich Rückforderung Einwohnergemeinde Sozialhilfe[...] CHF 2'040.10. Gemäss dem Schreiben der Ausgleichskasse[...] vom 31. März 2021 wurden die einmaligen IV-Leistungen von total CHF 117'787.90 dem Ehemann am 10. August 2020 ausgerichtet. Gemäss der Verfügung vom 10. August 2020 war der Betrag in den ersten 20 Tagen des Monats zahlbar. Damit steht fest, dass der Ehemann vor dem Abschluss der Vereinbarung vom 15. September 2020 Leistungen der IV von CHF 117'787.90 erhalten hat.

3.3.2 Indem der Ehemann die Ehefrau unbestrittenermassen nicht umgehend und unaufgefordert über die Leistungen der IV informierte, verletzte er seine Informationspflicht gemäss der Vereinbarung vom 11. Mai 2020. Damit täuschte er die Ehefrau durch Verschweigen von Tatsachen (vgl. zur Täuschung durch Verschweigen von Tatsachen in Verletzung einer Aufklärungspflicht Schwenzer/Fountoulakis, in: Basler Kommentar, 7. Auflage 2020, Art. 28 OR N 8). Im Übrigen behauptete der Ehemann unabhängig von der Wirksamkeit der Vereinbarung vom 11. Mai 2020 mit dem Abschluss der Vereinbarung vom 15. September 2020 konkludent, dass er noch keine Leistungen der IV erhalten habe. Der Ehemann erklärte am 11. Mai 2020, dass er sich bei der IV angemeldet habe und diese noch nicht über seinen Anspruch entschieden habe, unterzeichnete gleichentags eine Vereinbarung, gemäss der er verpflichtet war, die Ehefrau über den Erhalt von Leistungen der IV zu informieren, schloss am 15. September 2020 erneut eine Vereinbarung ab, mit der er sich verpflichtete, die Ehefrau umgehend und unaufgefordert zu informieren, wenn er Leistungen der IV erhält, und erwähnte die Leistungen der IV gegenüber der Ehefrau nicht. Dieses Verhalten durfte und musste von der Ehefrau nach Treu und Glauben dahingehend verstanden werden, dass er im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung vom 15. September 2020 noch keine Leistungen der IV erhalten hatte. Damit täuschte der Ehemann die Ehefrau auch durch Vorspiegelung falscher

Tatsachen (vgl. zur konkludenten Vorspiegelung falscher Tatsachen Schwenzer/Fountoulakis, a.a.O., Art. 28 OR N 6). Durch die Täuschung des Ehemanns wurde bei der Ehefrau die falsche Vorstellung hervorgerufen, dass der Ehemann im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung vom 15. September 2020 noch keine Leistungen der IV erhalten habe. Gemäss Ziff. 6 dieser Vereinbarung tragen die Ehegatten die Schulden gegenüber der Sozialhilfe im Innenverhältnis je hälftig und sind sie im Übrigen güterrechtlich vollständig auseinandergesetzt. Die Ehefrau macht geltend, sie habe die Vereinbarung betreffend die Schulden und die güterrechtliche Auseinandersetzung nur deshalb abgeschlossen, weil der Ehemann sie über seine finanziellen Mittel getäuscht habe (Berufung Ziff. 3). Dies ist unter den gegebenen Umständen glaubhaft. Wenn die Ehefrau gewusst hätte, dass der Ehemann Leistungen der IV von mehr als CHF 100'000.00 erhalten hatte, hätte sie der Regelung in Ziff. 6 der Vereinbarung offensichtlich nicht zugestimmt. Ob die zu einem Grossteil für die Zeit vor der Einreichung des Scheidungsbegehrens geschuldeten, aber erst nach diesem Zeitpunkt verfügbaren und ausgerichteten Leistungen der IV bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen sind, wird zwar zu prüfen sein (vgl. zum massgebenden Zeitpunkt Art. 204 Abs. 2 und Art. 207 Abs. 1 ZGB). Jedenfalls hätte sich die Ehefrau im Wissen um die Leistungen der IV aber offensichtlich nicht bereit erklärt, im Innenverhältnis die Hälfte der Schulden gegenüber der Sozialhilfe zu tragen, die gemäss ihrer nur pauschal, aber nicht substantiiert bestrittenen Darstellung vollumfänglich vom Ehemann in strafbarer Art und Weise verursacht worden sind (vgl. dazu Berufung Ziff. 6 und Berufungsantwort Ziff. 7; vgl. auch Strafbefehl betreffend Ehemann vom 20. Februar 2017, act. 3 Beilage 8 F.2019.399). Dem Ehemann musste unter den gegebenen Umständen klar sein, dass die Ehefrau von den Leistungen der IV keine Kenntnisse hatte und sich nur aufgrund ihres diesbezüglichen Irrtums mit Ziff. 6 der Vereinbarung vom 15. September 2020 einverstanden erklärte. Damit erfolgte die Täuschung auch absichtlich, zumindest in der Form des Eventualvorsatzes (vgl. zu dieser Möglichkeit Schwenzer/Fountoulakis, a.a.O., Art. 28 OR N 11). Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Ehefrau Ziff. 6 der Vereinbarung vom 15. September 2020 unter dem Einfluss einer absichtlichen Täuschung des Ehemanns im Sinn von Art. 28 OR abgeschlossen hat. Damit erfolgte der Abschluss der Vereinbarung insoweit nicht aus freiem Willen. Aufgrund der im Berufungsverfahren als Novum zu berücksichtigenden absichtlichen Täuschung kann Ziff. 6 der Vereinbarung vom 15. September 2020 daher nicht genehmigt werden. Wie im Folgenden dargelegt wird, ergibt sich dies im Übrigen auch daraus, dass diesbezüglich ein Grundlagenirrtum der Ehefrau vorgelegen hat.

3.3.3 In Ziff. 6 der Vereinbarung vom 15. September 2020 vereinbarten die Ehegatten, dass sie die Schulden gegenüber der Sozialhilfe Basel-Stadt in Höhe von CHF 16'233.85 im Innenverhältnis je hälftig tragen und dass sie im Übrigen güterrechtlich vollständig auseinandergesetzt sind. Dass sich die Ehefrau mit dieser Regelung nicht einverstanden erklärt hätte, wenn ihr die Leistungen der IV bekannt gewesen wäre, wurde bereits festgestellt. Damit ist die subjektive Wesentlichkeit des Irrtums gegeben. Kein vernünftiger Ehegatte würde sich bereit erklären, im Innenverhältnis die Hälfte der vom anderen Ehegatten in strafbarer Art und Weise verursachten Schulden (vgl. dazu oben E. 3.3.2) zu tragen, wenn er oder sie wüsste, dass der andere Ehegatte nur rund einen Monat vorher eine Zahlung von mehr als CHF 100'000.00 erhalten hat, mit der er die gesamten Schulden problemlos hätte begleichen können. Damit ist auch die objektive Wesentlichkeit des Irrtums zu bejahen. Insbesondere weil in beide Vereinbarungen eine diesbezügliche Informationspflicht aufgenommen wurde, musste dem Ehemann klar sein, dass die Ehefrau

davon ausging, er habe noch keine Leistungen der IV erhalten, und dass dieser Umstand für sie eine notwendige Grundlage für Ziff. 6 der Vereinbarung darstellte. Damit betrifft der Irrtum das *caput non controversum* und ist die Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhalts für den Ehemann erkennbar gewesen. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Ehefrau Ziff. 6 der Vereinbarung vom 15. September 2020 auch unter dem Einfluss eines Grundlagenerrrtums gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR abgeschlossen hat.

3.4 Gemäss dem Schreiben der IV-Stelle Basel-Stadt vom 30. März 2021 ist die Verfügung der IV vom 10. August 2020 rechtskräftig. Da die Beschwerdefrist 30 Tage betrug und vom 15. Juli bis und mit 15. August 2020 stillstand, ist davon auszugehen, dass die Verfügung frühestens am 15. September 2020 in Rechtskraft erwuchs. Ob die Verfügung im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung vom 15. September 2020 bereits rechtskräftig gewesen ist, kann jedoch nicht mit Sicherheit festgestellt werden, weil mangels Kenntnis des Zeitpunkts der Zustellung nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Verfügung erst nach dem 16. August 2020 zugestellt worden und damit erst nach dem 15. September 2020 in Rechtskraft erwachsen ist. Damit kann sich die Ehefrau betreffend das Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids der IV nicht auf einen Willensmangel berufen.

Aufgrund der im Berufungsverfahren als *Novum* zu berücksichtigenden rechtskräftigen Verfügung der IV vom 10. August 2020 sind aber Ziff. 4 der Vereinbarung vom 15. September 2020 möglicherweise inhaltlich unangemessen (vgl. dazu oben E. 1.1.3) und Ziff. 5 der Vereinbarung vom 15. September 2020 möglicherweise offensichtlich unangemessen (vgl. dazu oben E. 1.1.1). Gemäss Ziff. 4 ist der Ehemann derzeit mangels Leistungsfähigkeit nicht in der Lage, Kindesunterhaltsbeiträge zu bezahlen, und gemäss Ziff. 5 schuldet er mangels Leistungsfähigkeit auch keinen nachehelichen Ehegattenunterhalt. Gemäss der Begründung der Verfügung vom 10. August 2020 ist dem Ehemann spätestens seit der Untersuchung bei der SUVA von Februar 2020 die Ausführung sämtlicher leichter, wechselbelastender Tätigkeiten, ganztags zumutbar, betragen sein Einkommen als Hilfskraft mit Behinderung CHF 61'295.00 und sein Invaliditätsgrad 10 % und hat er nach Ablauf der gesetzlichen Übergangsfrist von drei Monaten ab Juni 2020 keinen Rentenanspruch mehr. Angesichts dieser Feststellungen erscheint es naheliegend, dass dem Ehemann nach einer angemessenen Übergangsfrist ein hypothetisches Einkommen von rund CHF 5'000.00 pro Monat anzurechnen ist. Damit wäre er in der Lage, Kindesunterhalt und je nach Einkommen und Bedarf der Familie auch nachehelichen Unterhalt zu bezahlen. In diesem Fall wären der Verzicht auf Kindesunterhalt inhaltlich nicht angemessen und der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt unter Umständen offensichtlich unangemessen und daher nicht genehmigungsfähig. Im angefochtenen Entscheid fehlen jegliche Feststellungen betreffend ein hypothetisches Einkommen des Ehemanns und dessen Höhe, weil das Zivilgericht mangels Kenntnis der Verfügung vom 10. August 2020 keinen Anlass gehabt hat, ein solches zu prüfen. Konkrete Feststellungen betreffend Einkommen und Bedarf der Familie finden sich im angefochtenen Entscheid ebenfalls nicht. Damit ist der vom Zivilgericht festgestellte Sachverhalt in wesentlichen Teilen unvollständig. Daher ist die Genehmigung von Ziff. 4 und 5 der Vereinbarung vom 15. September 2020 aufzuheben und die Sache insoweit in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO an das Zivilgericht zurückzuweisen zur Vervollständigung des Sachverhalts und zur Prüfung, ob Ziff. 4 und 5 der Vereinbarung angesichts des vervollständigten Sachverhalts inhaltlich nicht angemessen bzw. offensichtlich unangemessen sind.

E. 4

4.1 Aufgrund der Rückweisung hat das Zivilgericht das Verfahren betreffend den Kindesunterhalt, den nachehelichen Unterhalt und die güterrechtliche Auseinandersetzung weiterzuführen. Folglich hat es auch über die Prozesskosten neu zu entscheiden. Die diesbezüglichen Ziff. 5 bis 7 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids sind daher ebenfalls aufzuheben.

E. 4.2

4.2.1 Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO kann das Gericht in familienrechtlichen Verfahren von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen. Im Rechtsmittelverfahren, in dem den Parteien bereits ein Entscheid zu den materiellen Streitfragen vorliegt, rechtfertigt die familienrechtliche Natur des Verfahrens allein keine Abweichung vom Erfolgsprinzip. Fehlen besondere Umstände, sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens deshalb nach der Praxis des Appellationsgerichts auch in familienrechtlichen Verfahren nach dem Erfolgsprinzip zu verteilen (AGE ZB.2018.5 vom 18. September 2019 E. 3.2.2, mit Hinweisen).

4.2.2 Im Berufungsverfahren obsiegt die Ehefrau betreffend die Obhut über C_____ und unterliegt sie bezüglich der elterlichen Sorge über C_____. Als Unterliegen gilt auch das Nichteintreten auf ihre Berufung betreffend den Scheidungspunkt und die berufliche Vorsorge. Bezüglich des Kindesunterhalts, des nachehelichen Unterhalts und der güterrechtlichen Auseinandersetzung obsiegt die Ehefrau zwar insoweit, als die diesbezüglichen Ziffern der Vereinbarung vom 15. September 2020 aufgrund der vom Zivilgericht festgestellten Tatsachen nicht genehmigt werden können. Wie der Prozess diesbezüglich schlussendlich ausgehen wird, ist aber noch offen. Unter diesen Umständen würde es, rein unter den Gesichtspunkten des Erfolgsprinzips, an sich angemessen scheinen, die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens den Ehegatten je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten des Berufungsverfahrens wettzuschlagen. Indes ist zu berücksichtigen, dass allein der Berufungsbeklagte durch sein zumindest als treuwidrig zu wertendes Verhalten im vorinstanzlichen Verfahren den Anlass zum vorliegenden Berufungsverfahren gesetzt hat. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, ihm die gesamten Gerichtskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen und ihn zur Zahlung einer Parteientschädigung an die Berufungsklägerin zu verpflichten.

4.2.3 Mit der Berufungsantwort beantragte auch der Ehemann die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (Mittellosigkeit oder [prozessuale] Bedürftigkeit) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (AGE ZB.2020.30 vom 20. Januar 2021 E. 7.2.1.1 mit Nachweisen). Auf dem vorhandenen Vermögen wird dem Gesuchsteller ein sogenannter Notgroschen als Freibetrag zugestanden. Nach der Praxis des Appellationsgerichts gilt bei ungenügendem Einkommen grundsätzlich ein Vermögen von bis zu CHF 25'000.00 als Notgroschen (AGE ZB.2016.39 vom 20. Juli 2017 E. 7.1.6 mit Nachweisen). Nach dem Effektivitätsgrundsatz dürfen nur

Einkünfte und Vermögenswerte berücksichtigt werden, die im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege tatsächlich vorhanden und verfügbar oder wenigstens kurzfristig realisierbar sind (AGE ZB.2016.39 vom 20. Juli 2017 E. 7.1.5). Die unentgeltliche Rechtspflege darf nicht deshalb verweigert werden, weil der Gesuchsteller seine Mittellosigkeit selbst verschuldet hat. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege steht indessen unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Die unentgeltliche Rechtspflege ist zu verweigern, wenn der Gesuchsteller gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess auf ein Einkommen verzichtet oder sich gewisser Vermögenswerte entäussert hat, nur um auf Staatskosten zu prozessieren (BGer 5A_863/2017 vom 3. August 2018 E. 3.2). Für die Mittellosigkeit sowie den Sachverhalt, der die Nichtaussichtslosigkeit der Rechtsbegehren und die Notwendigkeit der unentgeltlichen Verbeiständung begründet, gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung. Den Gesuchsteller trifft eine umfassende Mitwirkungsobliegenheit. Es obliegt ihm, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend, vollständig und klar darzulegen und soweit möglich zu belegen. Wenn der Gesuchsteller anwaltlich vertreten ist, ist das Gericht nicht verpflichtet, ihm bei Einreichung eines unvollständigen oder unklaren Gesuchs eine Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen. Kommt ein anwaltlichvertretener Gesuchsteller seinen Obliegenheiten nicht genügend nach, so kann das Gesuch vielmehr ohne weitere Vorkehren mangels ausreichender Substanziierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden (AGE ZB.2020.30 vom 20. Januar 2021 E. 7.2.1.2 mit Nachweisen).

Der Ehemann bezieht Sozialhilfe, wobei sein Grundbedarf um 20 % gekürzt ist. Unter diesen Umständen ist es glaubhaft, dass er die Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens aus seinem Einkommen nicht bezahlen kann. Hingegen ist es aus den nachfolgenden Gründen nicht glaubhaft, dass er nicht über das dafür erforderliche Vermögen verfügt. Am 10. August 2020 wurden dem Ehemann IV-Leistungen von CHF 117'787.90 ausgerichtet. Dabei handelte es sich im Umfang von mehr als CHF 60'000.■ um IV-Renten des Ehemanns und im Umfang von mehr als CHF 50■000.■ um IV-Kinderrenten für seine Söhne. Wie dem Auszug des Kontos, auf das die IV-Leistungen überwiesen worden sind, entnommen werden kann, hat der Ehemann in der Zeit vom 10. bis 12. August 2020 CHF 114■440.■ und damit bis auf eine Differenz von CHF 3■347.90 den gesamten Betrag der IV-Leistungen in bar abgehoben. Der Ehemann behauptet, er sei spielsüchtig und habe das Geld in den Casinos in Deutschland ([...]) und Frankreich ([...]) verspielt. Die Sozialhilfe[...]scheint diese Darstellung gestützt auf eine eigenhändige schriftliche Erklärung des Ehemanns für glaubhaft erachtet zu haben. Dieser Einschätzung kann nicht gefolgt werden. Es wäre höchst ungewöhnlich, wenn ein Vater innert weniger Tage mehr als CHF 100■000.■ ■ notabene während des Lockdowns ■ verspielen würde und dabei nicht einmal davor zurückschrecken würde, Renten für seine eigenen Söhne im Umfang von mehr als CHF 50■000.■ zu verspielen. Daher wäre zur Glaubhaftmachung der Darstellung des Ehemanns zumindest erforderlich, dass er substanziiert darlegt, wann und wo er die Beträge auf welche Art und Weise verspielt haben will, und dass er zumindest gewisse Belege für seine Darstellung einreicht. Obwohl ihm der Verfahrensleiter mit Verfügung vom 27. April 2021 eine Frist angesetzt hatte zur Darlegung und zum Nachweis, was mit den IV-Leistungen geschehen ist, ist der Ehemann jedoch jegliche Substanziierung und jeglichen Beweis für das behauptete Verspielen des Geldes schuldig geblieben. Er behauptet, er könne keine Quittungen für die Einsätze in den Casinos einreichen, weil entsprechend der Praxis der Casinos keine Quittungen ausgestellt worden seien. Auch für diese angebliche Praxis bleibt er jedoch jeglichen Beweis schuldig. Zudem

behauptet er nicht einmal, dass er nicht wenigstens Beweise dafür hätte einreichen können, dass er in den erwähnten Casinos als Besucher registriert ist. Schliesslich bleibt er auch für seine behauptete Spielsucht jeglichen Beweis schuldig. Wenn er tatsächlich an einer solchen Sucht litte, wäre aber zu erwarten, dass er zumindest eine freiwillige Spielsperre erwirkt und sich an eine Beratungsstelle gewendet hätte. Beides wäre beweisbar. Zusammenfassend hat der Ehemann nicht glaubhaft gemacht, dass er über die für ihn bestimmten und in bar abgehobenen IV-Leistungen von mehr als CHF 60'000. nicht mehr verfügt. Nach Abzug eines Notgroschens verblieben davon mehr als CHF 35'000. Mit einem Bruchteil dieses Vermögens könnte der Ehemann das vorliegende Berufungsverfahren problemlos finanzieren. Aus den vorstehenden Gründen ist das Gesuch des Ehemanns um unentgeltliche Rechtspflege mangels ausreichender Substanziierung und mangels Bedürftigkeitsnachweises abzuweisen. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob unter den gegebenen Umständen das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auch als rechtsmissbräuchlich zu werten wäre.

4.2.4 Der monatliche Nettolohn der Ehefrau beträgt CHF 3'235.20 (Lohnblatt Februar 2021). Das monatliche Nettoeinkommen des Ehemanns (Sozialhilfe und Suva-Rente) beträgt CHF 2'602. (Verfügung der Sozialhilfe[...] vom 2. März 2021). Die vom Berufungsbeklagten zu tragenden Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden auf dieser Grundlage in Anwendung von § 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 des Gerichtsgebührenreglements (GGR, SG 154.810) auf CHF 1'950. festgesetzt.

4.2.5 Der Berufungsbeklagte hat seine eigenen Gerichtskosten zu tragen und der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung auszurichten. Die Parteientschädigung ist beim Berufungsbeklagten allerdings voraussichtlich nicht einbringlich und der Berufungsklägerin ist am 12. April 2021 die unentgeltliche Rechtspflege mit ihrer Vertreterin als unentgeltlicher Rechtsbeiständin bewilligt worden. Daher ist die unentgeltliche Rechtsbeiständin vom Kanton angemessen zu entschädigen (vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO; Emmel, in Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 122 N 11). Mit der Zahlung dieser Entschädigung geht der Anspruch der Berufungsklägerin gegenüber dem Berufungsbeklagten auf eine Parteientschädigung auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Die Vertreterin der Berufungsklägerin hat eine Honorarnote eingereicht, in welcher sie einen angemessenen Aufwand von 9,0833 Stunden, zu einem Ansatz von CHF 200. geltend macht, entsprechend ein Honorar von CHF 1'816.65. Zusätzlich sind angemessene Auslagen von CHF 62.15 zu entschädigen. Auf Honorar und Auslagen ist Mehrwertsteuer von 7,7 % zu entrichten.

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