

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 635 48 14
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 16 542 Gesuch um Aufschub d. Vollstreckbarkeit
ZK 16 543 Gesuch uR Gesuchstellerin
ZK 16 573 Gesuch uR Gesuchsgegner

Bern, 17. November 2016

Besetzung

Oberrichter Bähler (Instruktionsrichter)
Gerichtsschreiber Knecht

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwältin B. _____
Gesuchstellerin

gegen

C. _____
vertreten durch Rechtsanwältin D. _____
Gesuchsgegner

Gegenstand

Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit und Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege

Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit betreffend den Entscheid des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 12. Oktober 2016 (CIV 15 2096)

Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege vom 18. Oktober 2016 (ZK 16 543)

Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege vom 31. Oktober 2016 (ZK 16 573)



Regeste:

Aufschub der Vollstreckung

Der Aufschub der Vollstreckung eines erstinstanzlichen Entscheids kann bereits in der Zeit zwischen Entscheideröffnung und Zustellung der Entscheidungsbegründung vorsorglich angeordnet werden (E. 10).

Erwägungen:

I.

1. A._____ (nachfolgend: Gesuchstellerin) und C._____ (nachfolgend: Gesuchsgegner) heirateten am _____ 2008 in Mazedonien. Aus der Beziehung zwischen den Parteien gingen die gemeinsamen Kinder E._____ (geb. _____ 2007), F._____ (geb. _____ 2009), G._____ (geb. _____ 2010) und H._____ (geb. _____ 2013) hervor. Nachdem es wiederholt zu Streitigkeiten in der Ehe gekommen war, zog die Gesuchstellerin im Januar 2015 mit den beiden jüngeren Kindern aus der ehelichen Wohnung in ein Frauenhaus. Es folgten diverse Aufenthaltswechsel der Gesuchstellerin (Frauenhaus > M._____ > N._____) und der Kinder (Frauenhaus > M._____ > N._____ > Wohnung des Gesuchsgegners > O._____ > N._____ ; vgl. die Chronologie im Gutachten vom 5. April 2016, Gesuchsbeilage [GB] 9, S. 3).
2. Am 20. August 2015 vereinbarten die Parteien im Rahmen einer gerichtlich genehmigten Trennungsvereinbarung (GB 8), dass die Kinder bis zum Vorliegen eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens unter die Obhut und mit Wohnsitz bei der Gesuchstellerin gestellt werden. Die Gesuchstellerin verpflichtete sich dafür, mit den Kindern in eine betreute Institution zu ziehen, in der eine sozialpädagogische Familienbetreuung sichergestellt ist. Betreffend Besuchsrecht des Gesuchsgegners wurde vereinbart, dass sich die Parteien direkt untereinander und mit Hilfe der Beiständin verständigen. Für den Fall, dass keine Einigung zustande kommt, wurde der Gesuchsgegner berechtigt und verpflichtet, die Kinder jeweils drei Wochenenden pro Monat (von Freitag 18:00 Uhr bis Sonntag 18:00 Uhr) sowie einen freien Schulschulnachmittag pro Woche ab Schulschluss bis 18:00 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen.
3. Nach Eingang des Gutachtens (GB 9) sowie der Gewährung von Ergänzungsfragen (GB 10) und der Anhörung der beiden älteren Kinder (GB 11) entschied die Vorinstanz am 12. Oktober 2016 (GB 2) der gutachterlichen Empfehlung folgend, die beiden älteren Kinder E._____ und F._____ für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts unter die Obhut des Gesuchsgegners mit zivilrechtlichem Wohnsitz beim Gesuchsgegner zu stellen (Ziff. 3). Die beiden jüngeren Kinder G._____ und H._____ wurden für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts unter die Obhut der Gesuchstellerin mit zivilrechtlichem Wohnsitz bei der Gesuchstellerin gestellt (Ziff. 4). Den Eltern wurde jeweils ein Besuchs- und Ferienrecht betreffend die beim anderen Elternteil unter Obhut stehen-

den Kinder eingeräumt (Ziff. 5 und 6), wobei sich die vier Kinder im Rahmen des Besuchs- und Ferienrechts jeweils beim gleichen Elternteil aufhalten sollten (Ziff. 7).

4. Am 18. Oktober 2016 stellte die Gesuchstellerin beim Obergericht des Kantons Bern superprovisorisch ein Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit der Ziffern 3 und 6 des noch unbegründeten Entscheids der Vorinstanz vom 12. Oktober 2016 bis zum Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern über die aufschiebende Wirkung der Berufung (pag. 1 ff.). Gleichzeitig ersuchte sie für das vorliegende Gesuchsverfahren um das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege (uR) unter Beiordnung von Rechtsanwältin B. _____ als amtliche Anwältin (ZK 15 543).
5. Mit Verfügung vom 19. Oktober 2016 hiess der Instruktionsrichter den Antrag um superprovisorische Anordnung des Aufschubs der Vollstreckbarkeit gut (pag. 37 f.).
6. In ihrer Vernehmlassung vom 24. Oktober 2016 verzichtete die Vorinstanz auf einen formellen Antrag zum Gesuch auf Aufschub der Vollstreckbarkeit (pag. 43). Sie hielt fest, dass ein Aufschub der Vollstreckbarkeit bedeuten würde, dass der mit gerichtlich genehmigter Vereinbarung vom 20. August 2015 geregelte Status Quo vorläufig weitergeführt würde. Eine Beibehaltung des seit rund einem Jahr gelebten Zustandes bringe aus Sicht der Vorinstanz und mit Blick auf die vorliegenden Akten keine Gefährdung des Kindeswohls mit sich.
7. Der Gesuchsgegner schloss in seiner Stellungnahme vom 31. Oktober 2016 auf kostenfällige Abweisung der Gesuche der Gesuchstellerin um Aufschub der Vollstreckbarkeit und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (pag. 45 ff.). Gleichzeitig ersuchte er selbst um unentgeltliche Rechtspflege für das vorliegende Verfahren unter Beiordnung von Rechtsanwältin D. _____ als amtliche Anwältin (ZK 16 573).
8. Mit Verfügung vom 3. November 2016 wurden die Stellungnahmen der Vorinstanz und des Gesuchsgegners den anderen Parteien zur Kenntnisnahme resp. zur Gewährung des rechtlichen Gehörs zugestellt (pag. 67 f.).
9. Am 15. November 2016 reichte die Gesuchstellerin eine Stellungnahme ein zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des Gesuchsgegners.

II.

10. Art. 315 Abs. 5 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) sieht vor, dass die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen ausnahmsweise aufgeschoben werden kann, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht. Dabei kann es nach Sinn und Zweck dieser Bestimmung nicht darauf ankommen, ob die Entscheidungsbegründung den Parteien bereits zugestellt wurde und die Berufungsfrist zu laufen begonnen hat. Denn der «nicht leicht wiedergutmachende Nachteil» im Sinn von Art. 315 Abs. 5 ZPO kann der betroffenen Partei im Falle der sofortigen Vollstreckung bereits in der Zeit zwischen Entschei-

deröffnung und Zustellung der Entscheidbegründung drohen. Entsprechend muss die Rechtsmittelinstanz die Möglichkeit haben, auf Ersuchen einer Partei den Aufschub der Vollstreckung der vorsorglichen Massnahmen bereits in dieser frühen «Zwischenphase» vorsorglich anzuordnen, sofern die Voraussetzungen nach Art. 315 Abs. 5 ZPO erfüllt sind.

11. Auf das Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit ist folglich einzutreten.
12. Die Urteilsfindung am Obergericht erfolgt in Dreierbesetzung, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Gesuche um aufschiebende Wirkung stellen grundsätzlich Gesuche um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 261 ff. ZPO dar (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_35/2014 vom 28. März 2014 E. 1), welche nach Art. 248 Bst. d ZPO im summarischen Verfahren zu behandeln sind. Gemäss Art. 12 Abs. 3 Bst. c des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1) entscheidet bei hängigem Hauptprozess der Instruktionsrichter über alle Angelegenheiten, die gemäss Art. 248 ff. ZPO im summarischen Verfahren zu behandeln sind. Sinngemäss muss das auch dann gelten, wenn eine vorsorgliche Massnahme im Hinblick auf ein noch einzuleitendes Rechtsmittelverfahren zu treffen ist. Dies ergibt sich auch aus Art. 263 ZPO, wonach vorsorgliche Massnahmen vor Rechtshängigkeit der Hauptsache beantragt werden können. Für den Entscheid über das Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit ist folglich der Instruktionsrichter zuständig. Dasselbe gilt für den Entscheid über die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege (Art. 13 Abs. 1 EG ZSJ)

III.

13.
 - 13.1 Die Gesuchstellerin begründet ihr Gesuch im Wesentlichen damit, dass sie beabsichtige, gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 12. Oktober 2016 Berufung einzulegen, da massive Zweifel an der Erziehungsfähigkeit des Gesuchsgegners bestünden und sie selbst nach den gesamten Umständen besser Gewähr dafür biete, dass sich die Kinder altersgerecht entfalten könnten. Würde der erstinstanzliche Entscheid zwischenzeitlich vollstreckt, das Berufungsverfahren aber zu ihren Gunsten ausgehen, müssten die Kinder mit Vollstreckung des oberinstanzlichen Entscheids den vierten Obhutswechsel innert rund eines Jahres mitmachen. Dass dies dem Kindeswohl abträglich sei, sei offensichtlich. Davon ausgehend, dass bei Fragen der Obhut kurzfristige oder häufige Veränderungen das Wohl des Kindes zu beeinträchtigen vermögen, habe das Bundesgericht festgehalten, dass das Kindeswohl im Zweifel gebiete, den bisherigen Zustand aufrechtzuerhalten bzw. wiederherzustellen und das Kind vorerst bei der bisherigen Hauptbezugsperson zu belassen (unter Hinweis auf BGE 138 III 565). Vorliegend betreue sie alle vier Kinder seit über einem Jahr (Mitte September 2015) und sei deren Hauptbezugsperson.
 - 13.2 Es sei davon auszugehen, dass sich die Vorinstanz bei ihrem Entscheid auf das Gutachten von Frau I. _____ der Kantonalen Erziehungsberatung J. _____

vom 5. April 2016 mit Ergänzung vom 6. Juli 2016 abgestützt habe. Auf dieses könne aber entgegen dem Grundsatz, wonach ein Gutachten die Grundlage für die vom Gericht zu treffende Entscheidung in Bezug auf die Obhutsfrage sein sollte, nicht abgestützt werden. Im Gutachten werde eine Empfehlung abgegeben, die der Regel entgegenstehe, dass Kinder nicht zu trennen seien. Die Kinder würden so in zwei verschiedenen Familiensystemen aufwachsen; eine Entfremdung sei nicht ausgeschlossen. Hinzu komme, dass im Eheschutzverfahren kein Entscheid getroffen werden könne, der für die nächsten zwei Jahre gelte, könnten die Parteien doch bereits im Januar 2017 die Scheidung anhängig machen, wo die Obhutsfrage neu beurteilt würde. Die konkrete Aufteilung der Kinder korrespondiere zudem nicht mit den Äusserungen und Wünschen von E._____ und F._____. Auch sei ausgeschlossen, dass sie – wie von der Gutachterin angenommen – irgendwann wieder in die Nähe des Gesuchsgegners ziehen werde. Der Gesuchsgegner würde sie nie in Ruhe lassen und das Zusammensein von ihr und einem anderen Mann nie dulden. Die persönliche Betreuung durch einen Elternteil sei schliesslich einer Kinderbetreuung durch Drittpersonen vorzuziehen, welche beim Gesuchsgegner im Falle einer Erhöhung seines Arbeitspensums notwendig würde.

- 13.3 Auf das Gutachten sei auch deshalb nicht abzustellen, weil es unvollständig sei bzw. nicht alle für das Kindeswohl relevanten Faktoren berücksichtigt habe. So sei im Gutachten das «absolut krasse Schüren von Loyalitätskonflikten» vom Gesuchsgegner bei den Kindern nicht erwähnt. Dies sei aber ein zentrales Kriterium für die Beurteilung der Erziehungsfähigkeit und somit der Zuteilung der Obhut. Dass der Gesuchsgegner auf die Entfremdung der Kinder zur Gesuchstellerin hingewirkt habe, sei im letzten Jahr etliche Male ersichtlich worden und decke sich mit den Äusserungen von Herrn K._____ und Frau L._____. Im Gegensatz zum Gesuchsgegner habe sie nicht auf eine Entfremdung zum Gesuchsgegner hingewirkt und während des gesamten Gutachterprozesses nie negativ über den Gesuchsgegner als Vater gesprochen.
- 13.4 Die Begutachtung der Situation bei den Parteien zu Hause liege fast ein Jahr zurück und sei neun Monate vor der Fällung des vorinstanzlichen Entscheids erfolgt. Seit der Begutachtungsphase habe sie weitere enorme Fortschritte in Bezug auf ihre Selbständigkeit und Erziehungsfähigkeit gemacht, was im Gutachten infolgedessen nicht berücksichtigt worden sei. Es werde diesbezüglich auf die Kompetenzberichte vom 23. März 2016 und 30. September 2016 verwiesen.
- 14.
- 14.1 Der Gesuchsgegner wirft der Gesuchstellerin in seiner Stellungnahme vor, mit ihren Gesuchen und ihrer Berufung auf Zeit zu spielen. Er habe damals der Trennungsvereinbarung zugestimmt, damit die Kinder nicht mehr länger im Heim leben müssten, was im höchsten Masse selbstlos und nur auf das Kindeswohl ausgerichtet gewesen sei. Beide Parteien hätten damals gewusst, dass ein Gutachten in Auftrag gegeben werde und hätten in Aussicht gestellt, dem Ergebnis zu folgen, wie auch immer es ausfallen würde. Die Gesuchstellerin moniere das Alter des Gutachters, obwohl sie die zeitliche Verzögerung infolge Krankheit ihrer Rechtsbeiständin und dadurch bewirkter Neuansetzung der Verhandlung selbst zu verantworten ha-

be. Er habe diese Verhandlungsverzögerung beschwerdefrei akzeptiert. Unter diesen Gegebenheiten geltend zu machen, das gutachterliche Ergebnis sei veraltet und die neusten Entwicklungen nicht berücksichtigt worden, erscheine deshalb rechtsmissbräuchlich. Fakt sei, dass die Gesuchstellerin Profit daraus ziehe, dass die Rechtshängigkeit [recte: Rechtskraft] nicht eintrete.

- 14.2 Die Gesuchstellerin erwähne bzw. beachte die Wünsche der beiden Kinder mit keinem Wort, sondern erkläre diese Tatsachen mit dem «allgegenwärtigen Mantra» «der Vater würde durch sein Verhalten ein krasses Schüren von Loyalitätskonflikten zwischen Mutter und Kindern herbeiführen». Ein solches Verhalten werde im Gutachten aber nicht erwähnt, weil es nicht vorhanden sei. Die Kinder hätten sich bereits darauf eingestellt, dass sie gemäss den von ihnen geäusserten Wünschen zu ihm ziehen würden. Er habe die Kinder denn auch bereits in der Schule in P._____ angemeldet. Durch die Einreichung der Berufung habe die Gesuchstellerin den Loyalitätskonflikt mit den älteren Kindern quasi «selbstgekocht».
- 14.3 Das Gutachten äussere sich klar und präzise sowie mit einem konkreten Umsetzungsplan zur Obhutsfrage; Widersprüche oder Zweifel fänden sich im Gutachten nicht. Einem Gutachten, das diese Anforderungen ohne weiteres erfülle, müsse gefolgt werden, umso mehr, als anderweitige schlüssige Beweise fehlten. Die von den Mitarbeitern des M._____ attestierten Fortschritte der Gesuchstellerin seien nur in Bezug auf ihre persönliche Entwicklung relevant und bedeuteten nicht, dass sie auch besser geeignet sei, sich um die Kinder zu kümmern. Das betreute Wohnen stelle keine dauerhafte Lösung dar.
- 14.4 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung habe die Rechtsmittelinstanz der Berufung gegen vorsorgliche Massnahmenentscheide nur in absoluten Ausnahmefällen aufschiebende Wirkung zu gewähren und nur, wenn ein nicht wiedergutmachender Nachteil drohe. Vorliegend sei es von Anfang an nicht die Gesuchstellerin gewesen, welche die Obhut über die Kinder ausgeübt habe, sondern der Gesuchsgegner zusammen mit seinen Eltern. Die Umplatzierungen seien allesamt in einem äusserst kurzen Zeitraum erfolgt, der für die Kinder ohnehin traumatisierend gewesen sei und durch nichts hätte erträglicher gemacht werden können. Zum Wohle der Kinder habe er schliesslich entschieden, die Kinder bis zum Vorliegen des Gutachtens der Gesuchstellerin zu übergeben, da er sich relativ sicher gewesen sei, dass dieses ihre nicht vorhandene Erziehungsfähigkeit aufzeigen würde.
- 14.5 Würde die Vollstreckung in solchen Konstellationen aufgeschoben, käme einem Gutachten im Eheschutzverfahren niemals Bedeutung zu. Verlange die Gesuchstellerin im Scheidungsverfahren ein neues Gutachten, würden erneut Monate vergehen, wobei gegen das Scheidungsurteil auch wieder die Berufung möglich wäre. Es entspreche nicht dem Kindeswohl, die Kinder in der Obhut einer Person zu lassen, die gemäss Gutachten dazu nicht in der Lage sei. Die Gesuchstellerin habe Angst, dass sich die beiden älteren Kinder wieder sehr gut in ihrem gewohnten Umfeld bei ihm einleben könnten und sie somit im Scheidungsverfahren «schlechtere Karten» hätte. Diese Angst sei durchaus begründet, hätten die Kinder ihr Umfeld doch nicht vergessen und pflegten sie nach wie vor den Umgang mit ihren «Gspännli» und Freunden aus der Nachbarschaft. Den Kindern drohe damit kein nicht wieder gutzumachender Nachteil, wenn der erstinstanzliche Entscheid voll-

streckt werde. Im Gegenteil drohe ihnen ein nicht wieder gutzumachender Nachteil, wenn weiterhin nicht dem Gutachten gefolgt werde. Schliesslich sei auch zu berücksichtigen, dass die Kinder von der Vorinstanz persönlich angehört worden seien und bei der geltenden Besuchsregelung (drei ausgedehnte Wochenenden pro Monat sowie einen Nachmittag pro Woche) auch von einer alternierenden Obhut gesprochen werden könnte. Es sei rein formalistischer Natur, dass die Obhut der Gesuchstellerin zugesprochen worden sei. Der Entscheid BGE 138 III 565 könne deshalb nicht 1:1 auf den vorliegenden Fall übertragen werden.

15. In ihrer Stellungnahme zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des Gesuchsgegners wirft die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner vor, nicht im Interesse der Kinder gehandelt zu haben, als er diese entgegen der expliziten Aufforderung der Beiständin über den Entscheid der Vorinstanz informiert habe. Aus der Stellungnahme des M._____ vom 25. April 2016 könne zudem gefolgert werden, dass bei ihr bereits in rund fünf Monaten eine räumliche Veränderung kombiniert mit ambulanter Begleitung in Betracht gezogen werden könne. Zu behaupten, sie werde immer mit der Kindererziehung aller vier Kinder überfordert sein, sei deshalb «eine bodenlose Frechheit». Umso mehr, als es der Gesuchsgegner und seine Familie gewesen seien, welche ihr seit ihrer Einreise in die Schweiz und bis zum Verlassen der ehelichen Wohnung die Möglichkeit genommen hätten, ihre Mutterrolle auszuüben und selbständig zu werden. Im M._____ trage sie die Hauptverantwortung für die Betreuung und Erziehung ihrer Kinder und habe in den letzten 18 Monaten (Stand: 30. September 2016) grosse Lernfortschritte in vielerlei Hinsicht gemacht. Konkret würden die Kinder einzig am Dienstag- und Freitagnachmittag vom M._____ betreut, wenn sie im Deutschkurs sei.

IV.

16.

- 16.1 Gemäss Art. 315 Abs. 4 Bst. b ZPO hat die Berufung gegen vorsorgliche Massnahmen, zu denen auch Eheschutzmassnahmen gehören, grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Indes kann die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen ausnahmsweise aufgeschoben werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 315 Abs. 5 ZPO). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat die Rechtsmittelinstanz der Berufung gegen den erstinstanzlichen Entscheid nur in Ausnahmefällen aufschiebende Wirkung zu gewähren. Sie verfügt jedoch über einen grossen Ermessensspielraum, der es ihr erlaubt, den Umständen des konkreten Falls Rechnung zu tragen (BGE 138 III 565 E. 4.3.1).
- 16.2 Da bei Fragen der Obhut kurzfristige oder häufige Veränderungen das Wohl des Kindes zu beeinträchtigen vermögen, hat sich die mit einem Gesuch um Aufschub der Vollstreckung eines die Obhut regelnden vorsorglichen Massnahmenentscheids befasste Rechtsmittelinstanz nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts von folgenden Grundsätzen leiten zu lassen (BGE 138 III 565 E. 4.3.2):

- Verbleibt das Kind gestützt auf den erstinstanzlichen Entscheid bei jenem Elternteil, der sich unmittelbar vor dem Eintritt der Umstände, die Anlass zum Massnahmeverfahren gegeben haben, hauptsächlich um das Kind gekümmert hat, ist der Berufung des anderen Elternteils die aufschiebende Wirkung in der Regel zu verweigern. Vorbehalten bleiben wichtige Gründe, namentlich wenn die Vollstreckung des erstinstanzlichen Entscheids das Kindeswohl unmittelbar gefährdet, was von der gesuchstellenden Partei darzutun ist, und der Entscheid als solcher offensichtlich unhaltbar erscheint.
- Anders verhält es sich, wenn die Vorinstanz in Abweichung der bisherigen hauptsächlichlichen Betreuung des Kindes durch einen Elternteil die Obhut dem andern zuweist. Bei dieser Ausgangslage gebietet im Zweifel das Wohl des Kindes, den bisherigen Zustand aufrechtzuerhalten bzw. wiederherzustellen und das Kind vorerst bei der bisherigen Hauptbezugsperson zu belassen. Daher ist dem Gesuch um aufschiebende Wirkung der Berufung desjenigen Elternteils, der bisher Hauptbezugsperson war, in der Regel stattzugeben. Hingegen ist der Vollzug des erstinstanzlichen Urteils nicht aufzuschieben, wenn die Berufung von vornherein als unzulässig oder in der Sache selbst als offensichtlich unbegründet erscheint. Die aufschiebende Wirkung mit der Begründung zu verweigern, der angefochtene Entscheid erscheine nicht unhaltbar, genügt demgegenüber nicht.

17.

- 17.1 Vorliegend wurden die vier Kinder mit Trennungsvereinbarung vom 20. August 2015 bis zum Vorliegen eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt, die sich dafür verpflichtete, mit den Kindern in eine betreute Institution zu ziehen (GB 8). Vor der Trennung lebte die Gesuchstellerin zusammen mit dem Gesuchsgegner und den gemeinsamen Kindern bei den Eltern des Gesuchsgegners bzw. im selben Haus wie die Eltern des Gesuchsgegners. Die Grosseltern väterlicherseits spielten dabei offenbar eine bedeutende Rolle im Alltag der Parteien und insbesondere auch bei der Betreuung der Kinder. Die Organisation der Kinderbelange (Arztbesuche, Kontakt mit Schule und Kindergarten) überliess die Gesuchstellerin sprachlich und kulturell bedingt dem Gesuchsgegner (vgl. Gutachten [GB 9], S. 4 ff. und 19 ff.). Als es im Januar 2015 zur Trennung kam, zog die Gesuchstellerin mit den beiden jüngeren Kindern aus der gemeinsamen Wohnung. Die beiden älteren Kinder blieben beim Gesuchsgegner. Im Juli 2015 lebten vorübergehend wieder alle vier Kinder beim Gesuchsgegner, bevor sie Mitte August 2015 ins «O._____» zogen. Am 22. September 2015 erfolgte schliesslich der Wechsel zur Gesuchstellerin in die N._____ gemäss Vereinbarung vom 20. August 2015 (vgl. zur Chronologie: Gutachten [GB 9], S. 3).
- 17.2 Vor dem Hintergrund der obgenannten Betreuungssituation während der Zeit des Zusammenlebens und der wenig stabilen Verhältnisse nach der Trennung 2015 (mit vielen Aufenthalts- und Betreuungswechseln) kann nicht gesagt werden, die Gesuchstellerin habe sich vor Einleitung des Massnahmenverfahrens hauptsächlich um die Kinder gekümmert und sei deren Hauptbezugsperson gewesen. Erst nach Einleitung des Massnahmenverfahrens bzw. mit Einzug in die N._____

mit den strukturierten und geführten Bedingungen hat sich nun offenbar langsam ein Beziehungsaufbau und ein Bindungsverhalten zwischen der Gesuchstellerin und den Kindern entwickeln können (vgl. Gutachten [GB 9], S. 21; wobei es bei den beiden jüngeren Kindern aufgrund deren jungen Alters einfacher gehen soll). Von einer Hauptbezugsperson im eigentlichen Sinn, die sich selbständig und hauptsächlich um die Kinder kümmert, kann unter diesen geschützten Bedingungen mit enger Begleitung und Betreuung aber nach wie vor kaum die Rede sein. Die in Ziffer 16.2 hiervoor erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung kann folglich nicht unbesehen auf die vorliegende Konstellation übertragen werden.

- 17.3 Die beiden älteren Kinder lebten vor der Trennung mehrere Jahre in P._____ und wurden dort hauptsächlich von den Grosseltern väterlicherseits betreut, während sich der Gesuchsgegner (aus sprachlichen und kulturellen Gründen) um die Organisation der Kinderbelange kümmerte. Anlässlich ihrer Anhörung sagten die beiden älteren Kinder aus, dass es ihnen in P._____ gefallen habe und sie dort gerne in die Schule bzw. in den Kindergarten gegangen seien. E._____ sagte zudem aus, nach wie vor in Kontakt mit ihrer besten Freundin am früheren Wohnort zu sein und diese während den Besuchen beim Gesuchsgegner jeweils zu treffen (vgl. GB 11). Bei einem Wohnsitz- und Obhutswechsel zum Gesuchsgegner fänden sich die beiden älteren Kinder somit nicht in einer völlig neuen, ihnen unbekannten Umgebung wieder, sondern dort, wo sie bereits den grössten Teil ihres Lebens verbracht haben, zur Schule gingen und Freunde haben. Sie kämen mithin in ein gewohntes Umfeld mit ihnen vertrauten Bezugspersonen zurück. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern bereits aktuell ein ausgedehntes Besuchsrecht besteht (drei Wochenenden pro Monat von Freitag, 18:00 Uhr, bis Sonntag, 18:00 Uhr, sowie einen freien Schulschulnachmittag pro Woche ab Schulschluss, bis 18:00 Uhr), das auch ausgeübt wird. Eine relevante Beeinträchtigung des Kindeswohls im Falle der Vollstreckung des vorsorglichen Massnahmenentscheids ist damit aber insgesamt nicht ersichtlich; umso weniger, als das gleichzeitig verfügte (wechselseitige) Besuchs- und Ferienrecht sicherstellt, dass sich die Kinder auch weiterhin regelmässig sehen und miteinander Zeit verbringen können (vgl. Ziff. 5 und 6 des angefochtenen Entscheids [GB2]).
- 17.4 Der Entscheid der Vorinstanz beruht – soweit erkennbar – primär auf dem von den Parteien beantragten ausführlichen Gutachten (inkl. Beantwortung der Ergänzungsfragen) sowie auf den kurz vor dem Entscheid durchgeführten Anhörungen der älteren Kinder. Zwar liegt die Entscheidsbegründung der Vorinstanz noch nicht vor. Die vorliegenden Akten enthalten jedoch die massgeblichen Elemente, welche offenbar die Grundlage des vorinstanzlichen Entscheids bildeten (Gutachten [GB 9], Antworten auf Ergänzungsfragen [GB 10], Protokolle der Anhörung der beiden älteren Kinder [GB11]). Dass die Vorinstanz basierend auf diesen Sachverhaltsabklärungen entschied, die beiden älteren Kinder unter die Obhut des Gesuchsgegners zu stellen, ist nach Durchsicht dieser Akten nachvollziehbar und verständlich. Der vorinstanzliche Entscheid kann mithin nicht als unhaltbar bezeichnet werden, sondern entspricht im Ergebnis vielmehr dem, was eine (vorläufige) Würdigung der Beweismittel ohne Kenntnis der Entscheidsbegründung ergibt. Das Gutachten zeigt anschaulich und durchwegs überzeugend auf, weshalb die weiteren angedachten

Varianten der Obhutsuteilung (alle vier Kinder bei der Gesuchstellerin bzw. beim Gesuchsgegner, Fremdplatzierung oder «Nestmodell») keine realistischen Alternativen zur vorgeschlagenen und von der Vorinstanz übernommenen Variante 4 darstellen (vgl. Gutachten [GB 9], S. 23 f.).

- 17.5 Die Argumente der Gesuchstellerin vermögen dagegen nicht aufzukommen. Insbesondere ist aufgrund der Schilderungen im Gutachten (GB 9) und den Kompetenzberichten (GB 21 und 22) mehr als fraglich, ob sie ausserhalb des geschützten Rahmens in naher Zukunft in der Lage sein wird, alle vier Kinder alleine zu betreuen und zu erziehen (verworfen Variante 2 des Gutachtens [GB 9], S. 23 f.). Es ist davon auszugehen, dass die geschützte Situation der Gesuchstellerin keine Dauerlösung darstellt und sich ernsthafte Schwierigkeiten ergäben, müsste sie sich bei deren Wegfall plötzlich alleine um alle vier Kinder kümmern (vgl. Antwort auf Ergänzungsfrage 7 [GB 10], S. 4; Kompetenzbericht vom 30. September 2016 [GB 22], S. 4 C1). Es liegt deshalb auch im Interesse der Kinder, die im Gutachten vorgeschlagene – nach (vorläufiger) Würdigung der Beweismittel einzig realistisch erscheinende – Variante zeitnah umzusetzen; zumal die Kinder das Umfeld in P._____ bereits bestens kennen, nachdem sie schon vorher mehrere Jahre dort gewohnt haben (inkl. Kindergarten- bzw. Schulbesuch) und seit der Obhutsuteilung an die Gesuchstellerin ein ausgedehntes Besuchsrecht besteht und ausgeübt wird.
18. Nach dem Gesagten erscheint eine allfällige Berufung zum jetzigen frühen Zeitpunkt, d.h. nach vorläufiger Würdigung der bei den Akten liegenden Beweismittel und ohne Kenntnis der Entscheidungsbegründung der Vorinstanz, als kaum erfolgversprechend. Da zudem nicht davon auszugehen ist, dass im Falle der Vollstreckung des vorsorglichen Massnahmenentscheids das Wohl der Kinder in relevanter Weise beeinträchtigt würde, ist das Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit abzuweisen.

V.

19. Zu prüfen bleiben die Gesuche der Parteien um Erteilung des Rechts zur unentgeltlichen Rechtspflege vor oberer Instanz (ZK 16 543 und 16 573).
20. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die formelle Voraussetzung der Bedürftigkeit (Bst. a) und die materielle Voraussetzung der Nichtaussichtslosigkeit (Bst. b) müssen kumulativ erfüllt sein. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).
21. Die Gesuchstellerin wird von der Sozialhilfe unterstützt, weshalb ihre Bedürftigkeit offensichtlich ist. Über die aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse des Gesuchsgegners ist dagegen nichts bekannt. Insbesondere fehlen jegliche Belege, die Auskunft über seine Einkünfte und Ausgaben geben würden. Gestützt auf das Gutachten

und die darin dargelegten Lebensumstände der Parteien sowie mit Blick auf die ihm vorinstanzlich gewährte unentgeltliche Rechtspflege muss aber davon ausgegangen werden, dass er weder über das Existenzminimum übersteigende Einkünfte noch über Vermögen verfügt, die ihm die Bezahlung der Prozesskosten ermöglichen. Beide Parteien sind mithin als bedürftig im Sinn von Art. 117 Bst. a ZPO zu betrachten.

22. Das von der Gesuchstellerin vor oberer Instanz gestellte Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit kann – namentlich mit Blick auf die bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 138 III 565 – nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden. Gleiches gilt für das Begehren des Gesuchsgegners auf Abweisung des Gesuchs, welchem im Ergebnis gefolgt wird. Die materielle Voraussetzung (Nichtaussichtslosigkeit) zur Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege ist damit bei beiden Parteien erfüllt.
23. Die Verbeiständung durch eine Anwältin oder einen Anwalt erscheint bei beiden Parteien zur Wahrung ihrer Interessen erforderlich. Die Frage betreffend die Obhut über ihre gemeinsamen Kinder ist für beide Parteien von grosser Bedeutung und weist rechtliche wie auch tatsächliche Schwierigkeiten auf, denen die Parteien alleine nicht gewachsen wären.
24. Nach dem Gesagten sind beide Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen, unter Beiordnung der von ihnen mandatierten Rechtsbeiständinnen.

VI.

25. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (sog. Unterliegerprinzip). In familienrechtlichen Verfahren – wie dem vorliegenden – kann das Gericht aber von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). In Ausübung dieses Ermessens werden die Verfahrenskosten praxisgemäss dann hälftig auf die Parteien verteilt, wenn ein materieller Entscheid betreffend die Kinderbelange ergeht, bei dem das Ermessen des Gerichts eine ausschlaggebende Rolle spielt und keine Partei offensichtlich aussichtslose Begehren stellte. Familienrechtliche Streitigkeiten sind selten monokausal und die Kostenverteilung soll nicht dazu dienen, dass eine Seite über die andere triumphieren kann, was neue Spannungsfelder eröffnet und der angestrebten Deeskalation entgegenwirkt.
26. Da sowohl das Begehren der Gesuchstellerin (Aufschub der Vollstreckbarkeit) als auch dasjenige des Gesuchsgegners (Abweisung des Gesuchs) nicht von vornherein aussichtslos waren und der Entscheid massgeblich im Ermessen des Gerichts liegt, rechtfertigt es sich vorliegend, den Parteien die Kosten des Gesuchsverfahrens zu gleichen Teilen aufzuerlegen und die für das oberinstanzliche Verfahren angefallenen Parteikosten wettzuschlagen.
27. Die Gerichtskosten des oberinstanzlichen Gesuchsverfahrens werden in analoger Anwendung von Art. 40 des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Ver-

waltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (VKD; BSG 161.12) auf CHF 600.00 festgesetzt. Sie werden beiden Parteien je zur Hälfte, ausmachend CHF 300.00 pro Partei, zur Bezahlung auferlegt, unter Vorbehalt des Rechts zur unentgeltlichen Rechtspflege. Die Parteien haben die ihnen auferlegten Gerichtskosten nachzuzahlen, sobald sie dazu in der Lage sind (Art. 123 Abs. 1 ZPO). Für die oberinstanzlichen Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben.

28. Die amtliche Entschädigung bemisst sich nach dem gebotenen Zeitaufwand und entspricht höchstens dem Honorar gemäss der Tarifordnung für den Parteikostenersatz. Bei der Festsetzung des gebotenen Aufwands sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses zu berücksichtigen. Auslagen und Mehrwertsteuer werden zusätzlich entschädigt (Art. 42 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]). Der Stundensatz beträgt CHF 200.00 (Art. 42 Abs. 3 KAG und Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte [EAV; BSG 168.711]).

Gemäss Art. 5 Abs. 2 der Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes (PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar vor erster Instanz für nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen CHF 400.00 und CHF 11'800.00. In summarischen Verfahren beträgt das Honorar 30 % bis 60 % davon, d.h. CHF 120.00 bis CHF 7'080.00 (Art. 5 Abs. 3 PKV).

29. Rechtsanwältin B._____ macht in ihrer Kostennote vom 15. November 2016 einen Aufwand von CHF 2'923.24 geltend, bestehend aus 9:20 Stunden à CHF 270.00 (CHF 2'520.00), Auslagen von CHF 186.70 sowie 8 % Mehrwertsteuer von CHF 216.54. Rechtsanwältin D._____ macht in ihrer Kostennote vom 15. November 2016 ihrerseits einen Aufwand von CHF 1'924.55 geltend, bestehend aus 8.75 Stunden à CHF 200.00 (CHF 1'750.00), Auslagen von CHF 32.00 sowie 8 % Mehrwertsteuer von CHF 142.55. Beide geltend gemachten Honorare erscheinen unter Berücksichtigung des (analog) anwendbaren Tarifrahmens für erstinstanzliche Summarverfahren bei nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten (Art. 5 Abs. 2 und 3 PKV), dem durchschnittlichen Zeitaufwand (Rechtsschriften von sechs bzw. fünf Seiten), der leicht unterdurchschnittlichen Schwierigkeit des Prozesses (Aufschub der Vollstreckbarkeit bei Obhutswechsel) sowie der leicht überdurchschnittlichen Bedeutung des Streitgegenstands für die Parteien (Obhutszuteilung) noch gerade als angemessen. Gleiches gilt für die geltend gemachten Auslagen. Diese sind zwar auf Seiten von Rechtsanwältin B._____ eher hoch ausgefallen, mit Blick auf die umfangreichen Gesuchsbeilagen (128 Seiten) aber noch gerade gerechtfertigt.

30. Die Entschädigung von Rechtsanwältin B._____ bestimmt sich somit wie folgt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		9.33	200.00	CHF	1'866.67
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	186.70
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		2'053.37	CHF	164.25
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	2'217.62
volles Honorar				CHF	2'520.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	186.70
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		2'706.70	CHF	216.55
Total				CHF	2'923.25
nachforderbarer Betrag				CHF	705.63

Die Gesuchstellerin hat dem Kanton Bern das an Rechtsanwältin B._____ ausgerichtete amtliche Honorar zurückzuzahlen und Rechtsanwältin B._____ die Differenz zwischen dem amtlichen und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO und Art. 42a KAG).

31. Die Entschädigung von Rechtsanwältin D._____ wird wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		8.75	200.00	CHF	1'750.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	32.00
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		1'782.00	CHF	142.55
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'924.55
volles Honorar				CHF	2'187.50
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	32.00
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		2'219.50	CHF	177.55
Total				CHF	2'397.05
nachforderbarer Betrag				CHF	472.50

Der Gesuchsgegner hat dem Kanton Bern das an Rechtsanwältin D._____ ausgerichtete amtliche Honorar zurückzuzahlen und Rechtsanwältin D._____ die Differenz zwischen dem amtlichen und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO und Art. 42a KAG).

Der Instruktionsrichter entscheidet:

1. Vom Eingang der Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 15. November 2016 zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des Gesuchsgegners wird Kenntnis genommen. Ein Doppel der Stellungnahme (mit Beilage) wird dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt.
2. Das Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit der Ziffern 3 und 6 des Entscheids des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 12. Oktober 2016 (CIV 15 2096) wird abgewiesen.
3. Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege für das oberinstanzliche Verfahren ZK 16 542 gewährt. Es wird ihr Rechtsanwältin B. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (ZK 16 543).
4. Dem Gesuchsgegner wird die unentgeltliche Rechtspflege für das oberinstanzliche Verfahren ZK 16 542 gewährt. Es wird ihm Rechtsanwältin D. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (ZK 16 573).
5. Die Gerichtskosten des oberinstanzlichen Verfahrens ZK 16 542, bestimmt auf CHF 600.00, werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt (demnach je CHF 300.00), gehen jedoch vorläufig zulasten des Kantons Bern. Die Parteien sind für ihren Anteil zur Nachzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage sind (Art. 123 ZPO).
6. Jede Partei trägt ihre eigenen Parteikosten des oberinstanzlichen Verfahrens.
7. Das Honorar von Rechtsanwältin B. _____ für das oberinstanzliche Verfahren ZK 16 542 wird wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		8.75	200.00	CHF	1'750.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	32.00
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		1'782.00	CHF	142.55
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'924.55
volles Honorar				CHF	2'187.50
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	32.00
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		2'219.50	CHF	177.55
Total				CHF	2'397.05
nachforderbarer Betrag				CHF	472.50

Die Gesuchstellerin hat dem Kanton Bern das an Rechtsanwältin B. _____ ausgerichtete amtliche Honorar zurückzuzahlen und Rechtsanwältin B. _____ die Differenz zwischen dem amtlichen und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO und Art. 42a KAG).

8. Das Honorar von Rechtsanwältin D. _____ für das oberinstanzliche Verfahren ZK 16 542 wird wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		9.33	200.00	CHF	1'866.67
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	186.70
Mehrwertsteuer 8.0%		auf CHF	2'053.37	CHF	164.25
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	2'217.62
volles Honorar				CHF	2'520.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	186.70
Mehrwertsteuer 8.0%		auf CHF	2'706.70	CHF	216.55
Total				CHF	2'923.25
nachforderbarer Betrag				CHF	705.63

Der Gesuchsgegner hat dem Kanton Bern das an Rechtsanwältin D. _____ ausgerichtete amtliche Honorar zurückzuzahlen und Rechtsanwältin D. _____ die Differenz zwischen dem amtlichen und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO und Art. 42a KAG).

9. Für die oberinstanzlichen Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben (ZK 16 543 und ZK 16 573).

10. Zu eröffnen:

- der Gesuchstellerin
- dem Gesuchsgegner (unter Beilage eines Doppels der Stellungnahme vom 15. November 2016; mit Beilage)

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Biel/Bienne
- der Beiständin L. _____

Bern, 17. November 2016

Im Namen der 2. Zivilkammer

Der Instruktionsrichter:

Oberrichter Bähler

Der Gerichtsschreiber:

Knecht

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte erhoben werden. Es ist darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.