

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 18 384
ZK 18 385 (uR Berufungsklägerin)
ZK 18 408 (uR Berufungsbeklagter)

Bern, 31. August 2018

Besetzung

Oberrichter D. Bähler (Referent), Oberrichter Schlup und Ober-
richterin Grütter
Gerichtsschreiber Klaus

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Gesuchsgegnerin/Berufungsklägerin

gegen

C. _____
vertreten durch Rechtsanwältin D. _____
Gesuchsteller/Berufungsbeklagter

Gegenstand

vorsorgliche Massnahmen ZPO 276

Berufung gegen den Entscheid des Regionalgerichts Emmental-
Oberraargau vom 20. Juli 2018 (CIV 17 2203/ CIV 18 1686)

Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege vom 2./17. August 2018



Regeste:

Alternierende Obhut, Art. 298 ZGB:

- Unabhängig davon, ob sich die Eltern auf eine alternierende Obhut geeinigt haben, muss das mit dieser Frage befasste Gericht prüfen, ob dieses Betreuungsmodell möglich und mit dem Wohl des Kindes zu vereinbaren ist (E. 20.1). Beurteilungskriterien (E. 20.2). Anordnung der alternierenden Obhut aufgrund eines Gutachtens entgegen dem Antrag eines Elternteils (E. 21).

Interventionsorientiertes Gutachten:

- Definition eines interventionsorientierten Gutachtens sowie Aufgabenbereich des Gutachters (E. 21.2).

Erwägungen:

I.

1. Zwischen A._____ und C._____ ist seit dem 17. August 2017 ein Scheidungsverfahren vor dem Regionalgericht Emmental-Oberaargau hängig (CIV 17 2203). Die Parteien sind die Eltern von F._____, geb. _____ 2009, G._____, geb. _____ 2009, H._____, geb. _____ 2012, und I._____, geb. _____ 2014.
2. Am Anhörungstermin vom 7. November 2017 vor dem Regionalgericht konnte keine Einigung erzielt werden. Den Parteien wurde betreffend die Frage der Obhut über die Kinder das Einholen eines interdisziplinären Gutachtens in Aussicht gestellt (pag. 43 ff.). Mit Gutachtensauftrag vom 29. Januar 2018 wurde Frau Dr. phil. J._____ (nachfolgend Gutachterin) zur gerichtlichen Sachverständigen ernannt und um die Erstellung eines interventionsorientierten, allenfalls ergebnisorientierten Gutachtens ersucht (pag. 56 ff.).
3. Mit Schreiben vom 8. Juni 2018 teilte die Gutachterin der Vorinstanz mit, dass aufgrund der überraschenden Mitteilung von A._____, wonach diese mit den Kindern wegziehen werde, sie sich nicht in der Lage sehe, eine Empfehlung für eine längerfristige Betreuungsregelung im Fall des Wegzuges von A._____ (nachfolgend Gesuchsgegnerin, Berufungsklägerin) abzugeben und sich erlaube, dem Gericht in einem Teilgutachten eine Zwischenlösung zu empfehlen (pag. 57 ff.).
4. Am 14. Juni 2018 reichte C._____ (nachfolgend Gesuchsteller, Berufungsbeklagter) beim Regionalgericht Emmental-Oberaargau (nachfolgend Vorinstanz) ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ein und stellte folgende Rechtsbegehren (pag. 95 ff.):
 1. Dem Gesuchsteller sei während der Dauer des Scheidungsverfahrens vorsorglich die elterliche Obhut über die Kinder
 - F._____, geb. _____ 2009

- G. _____, geb. _____ 2009
- H. _____, geb. _____ 2012
- I. _____, geb. _____ 2014

zu übertragen.

2. Bis zum Schulanfang im August 2018 seien die Kinder von der Gesuchsgegnerin wie folgt zu betreuen:
Jede Woche von Montagabend bis Donnerstagmorgen und jede zweite Woche von Freitagmorgen bis Montagabend.
3. Ab Schulanfang im August 2018 seien die Kinder von der Gesuchsgegnerin wie folgt zu betreuen:
Jede Woche ab Dienstagabend bis Freitagmittag und jede zweite Woche von Freitagmittag bis Sonntagabend.
– Unter Kosten und Entschädigungsfolge –
5. Mit Entscheid vom 20. Juli 2018 wies die Vorinstanz den Antrag auf alleinige Zuteilung der Obhut ab (Dispositiv-Ziff. 1), stellte die vier Kinder vorläufig unter die alternierende Obhut beider Eltern mit Wohnsitz der Kinder beim Gesuchsteller in K. _____ (Dispositiv-Ziff. 2) und legte eine Minimalregelung betreffend die Betreuungszeiten fest, wonach der Gesuchsteller die vier Kinder jede Woche Montag nach Schulschluss bis Dienstagabend nach dem Nachtessen und jede zweite Woche Freitagmittag bis Sonntagabend nach dem Nachtessen zu betreuen hat, während die Gesuchsgegnerin die vier Kinder während der übrigen Zeit zu betreuen hat (Dispositiv-Ziff. 3; pag. 121 ff.).
6. Gegen den Entscheid vom 20. Juli 2018 erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 2. August 2018 (Postaufgabe am selben Tag) Berufung beim Obergericht des Kantons Bern und beantragte die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und die Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen, eventualiter beantragte sie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Weiter ersuchte sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und um unentgeltliche Rechtspflege (pag. 133 ff.).
7. Mit Verfügung vom 7. August 2018 wies der Instruktionsrichter den Antrag um Aufschub der Vollstreckbarkeit ab.
8. Mit Schreiben vom 8. August 2018 teilte Rechtsanwalt B. _____ mit, dass er die Interessen der Berufungsklägerin privat vertrete und ersuchte namentlich um Entscheidung über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege von Rechtsanwältin E. _____ sowie um Entlassung ebendieser aus dem Mandat, eventuell um Sistierung ihres Mandats (pag. 158 f.).

Mit Schreiben vom selben Tag teilte Rechtsanwältin E. _____ mit, dass das Vertrauensverhältnis zwischen ihr und der Berufungsklägerin stark gestört sei, so dass es ihr nicht mehr möglich sei, das Mandat weiterzuführen. Aufgrund der kurzen Berufsfrist im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen sei die Berufung noch durch sie verfasst und eingereicht worden, eine Weiterführung des Mandats sei aber nicht mehr möglich. Sie bat ebenfalls um Entscheidung über ihr Gesuch

um unentgeltliche Rechtspflege und um Entlassung aus dem amtlichen Mandat (pag. 161).

9. Mit Verfügung vom 9. August 2018 verfügte der Instruktionsrichter namentlich, dass festgestellt werde, dass die Berufungsklägerin neu von Rechtsanwalt B. _____ privat vertreten werde und über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege separat entschieden werde (pag. 162 f.).
10. Mit Berufungsantwort vom 17. August 2018 (Postaufgabe am selben Tag) schliesst der Berufungsbeklagte auf Abweisung der Berufung und beantragt unentgeltliche Rechtspflege (pag. 169 ff.).
11. Mit Schreiben vom 28. August 2018 reichte Rechtsanwältin D. _____ ihre Kostennote ein.

II.

12. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 Bst. b der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Streitgegenstand des angefochtenen Entscheids bilden einzig Kinderbelange, sodass das Streitwerterfordernis gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO vorliegend nicht zum Tragen kommt. Die Berufung erweist sich als zulässiges Rechtsmittel.
13. Die 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern ist für die Beurteilung der mit Berufung weitergezogenen Streitigkeiten in jeder Hinsicht zuständig (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1] und Art. 28 Abs. 1 Bst. a des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Die Urteilsfindung erfolgt mit einem Spruchkörper in Dreierbesetzung (Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Ist zur Beurteilung eines hängigen Verfahrens ein Kollegialgericht zuständig, so hat der Instruktionsrichter über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden (Art. 13 Abs. 1 EG ZSJ). Praxisgemäss schadet eine Behandlung durch die Kammer jedoch nicht.
14. Auf die form- und fristgerecht erhobene Berufung (Art 311 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO) ist einzutreten.
15. Mit Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO).
16. Über das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 276 Satz 2 ZPO i.V.m. Art. 271 Bst. a ZPO). Aus der Natur des Summarverfahrens folgt, dass die Anspruchsvoraussetzungen lediglich glaubhaft zu machen sind (SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, N 12 zu Art. 271 ZPO). Dabei genügt es,

dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten. Glaubhaft gemacht ist daher eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 142 II 49 E. 6.2 S. 58).

17. Für alle Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gelten die uneingeschränkte Untersuchungs- und die Officialmaxime (Art. 296 ZPO). Uneingeschränkte Untersuchungsmaxime bedeutet, dass das Gericht auch ohne Parteiantrag von sich aus jede Abklärung zu treffen hat, die nötig oder geeignet ist, den massgeblichen Sachverhalt zu ermitteln. Neue Tatsachen und Beweismittel, d.h. echte wie unechte Noven, müssen bis zur Urteilsberatung bzw. – beim schriftlichen Berufungsverfahren – bis zur Entscheidung berücksichtigt werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO; für das Berufungsverfahren das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 5A_788/2017 vom 2. Juli 2018 E. 4.2.1). Infolge der Officialmaxime ist das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden (Art. 296 Abs. 3 ZPO).

III.

18. Die Berufungsklägerin bringt in ihrer Berufungsschrift zusammengefasst vor, dass die Vorinstanz sich nicht auf das Teilgutachten vom 8. Juni 2018 hätte stützen dürfen, da die Gutachterin nicht neutral gewesen sei. Weiter entspreche es nicht dem Kindeswohl, wenn die Kinder vier Mal pro Woche von L._____ nach K._____ in die Schule gebracht werden müssten. Zudem habe die von der Vorinstanz getroffene Regelung präjudizierende Wirkung auf die endgültigen Nebenfolgen der Scheidung.
19. Beim angefochtenen Entscheid der Vorinstanz vom 20. Juli 2018 handelt es sich um einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren (Art. 276 ZPO). Mit einem solchen Entscheid werden – soweit nötig – provisorisch die Verhältnisse zwischen den getrennt lebenden Ehegatten für die Dauer des Scheidungsverfahrens geregelt. Nicht Prozess thema ist vorliegend, durch wen im Hinblick auf das Scheidungsurteil ein (ergebnisorientiertes) Gutachten namentlich bezüglich der Obhut der Kinder zu erstellen ist. Soweit die Berufungsklägerin in ihrer Berufung diesbezügliche Ausführungen macht, ist sie nicht zu hören.
20. Gemäss Art. 298 ZGB überträgt das Gericht in einem Scheidungs- oder Eheschutzverfahren einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (Abs. 1). Es kann sich auch auf eine Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile beschränken, wenn keine Aussicht besteht, dass sich die Eltern diesbezüglich einigen (Abs. 2). Es berücksichtigt beim Entscheid über die Obhut, den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile das Recht des Kindes, regelmässige persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen zu pflegen (Abs. 2bis). Bei gemeinsamer elterlicher Sorge

prüft es im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer alternierenden Obhut, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt (Abs. 2ter).

- 20.1 Unabhängig davon, ob sich die Eltern auf eine alternierende Obhut geeinigt haben, muss das mit dieser Frage befasste Gericht prüfen, ob dieses Betreuungsmodell möglich und mit dem Wohl des Kindes zu vereinbaren ist, denn nach der Rechtsprechung gilt das Kindeswohl als oberste Maxime des Kindesrechts. Es ist für die Regelung des Eltern-Kind-Verhältnisses demnach immer der entscheidende Faktor, während die Interessen und Wünsche der Eltern in den Hintergrund zu treten haben. Ob die alternierende Obhut überhaupt in Frage kommt und ob sie sich mit dem Kindeswohl verträgt, hängt demnach von den konkreten Umständen ab. Das bedeutet, dass das Gericht gestützt auf festgestellte Tatsachen der Gegenwart und der Vergangenheit eine sachverhaltsbasierte Prognose darüber zu stellen hat, ob die alternierende Obhut als Betreuungslösung aller Voraussicht nach dem Wohl des Kindes entspricht (BGE 142 III 612 E. 4.2 S. 614 f. mit Hinweisen).
- 20.2 Unter den Kriterien, auf die es bei dieser Beurteilung ankommt, ist zunächst die Erziehungsfähigkeit der Eltern hervorzuheben, und zwar in dem Sinne, dass die alternierende Obhut grundsätzlich nur dann in Frage kommt, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. Weiter erfordert die alternierende Obhut organisatorische Massnahmen und gegenseitige Informationen. Insofern setzt die praktische Umsetzung einer alternierenden Betreuung voraus, dass die Eltern fähig und bereit sind, in den Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren. Allein aus dem Umstand, dass ein Elternteil sich einer alternierenden Betreuungsregelung widersetzt, kann indessen nicht ohne Weiteres auf eine fehlende Kooperationsfähigkeit der Eltern geschlossen werden, die einer alternierenden Obhut im Wege steht. Ein derartiger Schluss könnte nur dort in Betracht fallen, wo die Eltern aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Feindseligkeiten auch hinsichtlich anderer Kinderbelange nicht zusammenarbeiten können, mit der Folge, dass sie ihr Kind im Szenario einer alternierenden Obhut dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise aussetzen würden, die seinen Interessen offensichtlich zuwiderläuft. Zu berücksichtigen ist ferner die geographische Situation, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern, und die Stabilität, welche die Weiterführung der bisherigen Regelung für das Kind gegebenenfalls mit sich bringt. In diesem Sinne fällt die alternierende Obhut eher in Betracht, wenn die Eltern das Kind schon vor ihrer Trennung abwechselnd betreuten. Weitere Gesichtspunkte sind die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, das Alter des Kindes, seine Beziehungen zu (Halb- oder Stief-)Geschwistern und seine Einbettung in ein weiteres soziales Umfeld (BGE 142 III 612 E. 4.3 S. 615 f.). Wesentlich kann ferner der Grundsatz sein, Geschwister nach Möglichkeit nicht zu trennen (Urteil des Bundesgerichts 5A_901/2017 vom 27. März 2018 E. 2.2).
21. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist das Gutachten (Zwischenbericht vom 8. Juni 2018, pag. 68 ff.) nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat sich bereits im angefochtenen Entscheid ausführlich mit den Vorbringen gegen die Gutachterin und das Gutachten auseinandergesetzt (vgl. E. 16 des angefochtenen Entscheids). Es kann grundsätzlich darauf verwiesen werden. An dieser Stelle er-

folgen lediglich punktuelle Ergänzungen als Antwort auf die Vorbringen in der Berufungsschrift.

- 21.1 Ein Gutachten unterliegt wie jedes Beweismittel der freien richterlichen Beweiswürdigung. Kriterien der Beweiswürdigung bilden die Vollständigkeit, die Nachvollziehbarkeit und die Schlüssigkeit eines Gutachtens. Das Gericht hat zu prüfen, ob das Gutachten alle Fragen beantwortet, sich auf den zutreffenden Sachverhalt stützt und den Befund ausreichend begründet. Für die Sachverhaltsermittlung und Beweisabnahme bleibt das Gericht verantwortlich. Aus diesem Grund muss es die Schlussfolgerungen derart nachvollziehen können, dass es zu beurteilen in der Lage ist, ob die gutachterlichen Folgerungen in sich geschlossen sind. Sofern die gutachterlichen Folgerungen weder als offensichtlich widersprüchlich erscheinen noch auf irrtümlichen tatsächlichen Feststellungen beruhen, muss sich das Gericht an die Auffassung des Gutachters halten. Es darf nur aus triftigen Gründen davon abweichen (BGE 142 IV 49 E. 2.1.3 S. 53; 138 III 193 E. 4.3.1 S. 198 f.; 133 II 384 E. 4.2.3 S. 391).

Nur wenn ein Gutachten nicht schlüssig ist, darf gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht darauf abgestellt werden und müssen zusätzliche Beweiserhebungen erfolgen.

- 21.2 Die Gutachterin bekam den Auftrag, ein interventionsorientiertes, allenfalls ergebnisorientiertes Gutachten zu erstellen (pag. 59 f.).

Bei einem traditionellen – ergebnisorientierten – Gutachten erstellt ein Gutachter unter Berücksichtigung der vorangegangenen Entwicklung und der Diagnose des Status quo Prognosen für die Zukunft und gibt entsprechende Empfehlungen für die Zukunft ab. Dabei verhält er sich neutral und objektiv (STAUB in: ZKE 2010 S. 34 ff., S. 37). Bei einer interventionsorientierten Begutachtung werden hingegen Diagnostik, Beratung und Intervention – im Sinne eines mediativen Vorgehens – kombiniert (STAUB, ebd.; KILDE, Der persönliche Verkehr: Eltern – Kind – Dritte, 2015, S. 229, Rz. 606). Der interventionsorientierte Gutachter strebt keine Neutralität an. In Bezug auf den Elternkonflikt tritt er vielmehr als Mediator oder Familientherapeut auf und verpflichtet sich der Allparteilichkeit. Er ist nicht parteiisch, sondern vollzieht die subjektiven Überzeugungen der Eltern wertneutral nach. Nebst der Rolle des allparteilichen Mediators nimmt der interventionsorientierte Gutachter auch die Rolle des Fachspezialisten für das Kindeswohl ein, dessen Aufgabe es ist, die Eltern zu beraten und in ihrer Erziehung als Scheidungseltern zu befähigen (STAUB, a.a.O., S. 39 f.; ROSCH in: AJP 2012 S. 173 ff., S. 178). Finden die Parteien zur Kooperation zurück, orientiert das Gutachten über die gemeinsamen Lösungsbemühungen der Familie in einem kurzen schriftlichen Bericht. Scheitert eine Konsensfindung, verfasst der Gutachter einen ausführlicheren schriftlichen Bericht mit Empfehlungen ans Gericht (KILDE, ebd.; ROSCH, ebd.).

- 21.3 Die Berufungsklägerin hat einem interventionsorientierten Gutachten zugestimmt und beharrte zudem bezüglich der Person der Gutachterin ausdrücklich auf Frau Dr. J. _____ (vgl. pag. 50). Während des gesamten Begutachtungsprozesses hat sie keine Bedenken an der Person oder der Tätigkeit der Gutachterin angemeldet. Wenn die Berufungsklägerin davon ausging, dass die Gutachterin nicht die

Aufgabe hätte, den Kindseltern etwas zu empfehlen, trifft dies nicht zu. Aufgabe der Gutachterin war nicht nur, eine Bestandesaufnahme der Familiensituation und Empfehlungen für das Gericht zu machen, sondern als Fachspezialistin für das Kindeswohl auch die Eltern diesbezüglich zu beraten und eine Einigung zwischen den Kindseltern anzustreben. Dabei schadet nicht – auch wenn die Berufungsklägerin sich bisher stets dagegen aussprach –, dass die Gutachterin eine alternierende Obhut vorschlug. Dass die Gutachterin über ihren Aufgabenbereich hinausgegangen wäre und man sich infolgedessen nicht auf das Gutachten abstützen könnte, ist nicht ersichtlich.

- 21.4 Die Berufungsklägerin hat bei der Besprechung vom 17. Mai 2018 bekanntgegeben, dass sie nach der Scheidung aus dem Familienhaus ausziehen wolle. Bereits drei Wochen später, am 7. Juni 2018, teilte die Berufungsklägerin mit, dass sie plane, mit ihrem Lebenspartner und den Kindern K._____ in Kürze zu verlassen. Dass die Gutachterin sich über den überraschend frühen Wegzug der Berufungsklägerin enttäuscht zeigte und ihre Bemühungen in Frage gestellt sah, ist angesichts ihres interventionsorientierten Begutachtungsauftrags nachvollziehbar und stellt ihre Objektivität nicht in Frage. Ihr den Vorwurf zu machen, sie habe einen Wohnsitzwechsel zu wenig thematisiert, nachdem die Berufungsklägerin innert weniger Wochen von einem allgemeinen Wegzugswillen zu konkreten Wegzugsplänen geschritten ist, erscheint treuwidrig. Es wäre an der Berufungsklägerin gelegen, die Gutachterin und den Berufungsbeklagten frühzeitig über solch relevante Informationen – angesichts der schulpflichtigen Kinder insbesondere bei einem Wegzug aus dem Schulkreis K._____ – zu informieren. Die Berufungsklägerin vermag zudem nicht plausibel darzulegen, dass sie sich ernsthaft und über eine längere Zeitspanne um eine Unterkunft in K._____ bemüht hätte, bringt sie doch selbst vor, dass ein Wegzug aus K._____ aufgrund ihrer Gesundheit wichtig sei. Allerdings ist auf diesbezügliche Vorbringen beider Parteien nicht weiter einzugehen, da nicht primär der Grund für den Wegzug aus K._____ für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen massgebend ist, sondern wie diese dem Kindeswohl zum jetzigen Zeitpunkt am Besten entsprechen können (vgl. vorne E. 20).

- 21.5 Die Berufungsklägerin bringt weiter vor, dass die Gutachterin fälschlicherweise von einem Einvernehmen beider Parteien betreffend gemeinsamer Obhut ausging, obwohl lediglich eine Betreuungsregelung bis zum Wegzug getroffen worden sei.

Diesbezüglich scheint es tatsächlich Differenzen zu geben, dasselbe gilt bezüglich der genau vereinbarten Übergabezeit (ob ab Montag nach Schulschluss oder ab Montagabend). Allerdings weicht die Empfehlung der Gutachterin bzw. die ihrer Ansicht nach getroffene einvernehmliche Regelung bezüglich der vereinbarten Betreuungszeiten höchstens minimal von den Vorbringen der Berufungsklägerin ab. Es ist davon auszugehen, dass sich die Parteien bezüglich der genauen Übergabezeiten jeweils in direkter Absprache einigen können. Ob dieses Betreuungsmuster von der Gutachterin nun als gemeinsame Obhut bezeichnet wird, ist hingegen irrelevant.

Die Gutachterin empfahl eine Betreuungs- und Obhutsregelung, welche bis zum Umzug und eine weitere Regelung, welche für die Zeit danach, bis zum Vorliegen

einer Neu Beurteilung gelten sollte. Weiter empfahl sie für den Fall, dass die Berufungsklägerin vor den Herbstferien (recte: gemäss Post-it in den amtlichen Akten, pag. 67, Sommerferien) aus der Schulgemeinde K._____ wegziehe, eine Weiterbeschulung der Kinder in K._____ bei vorübergehender Zuteilung des Wohnsitzes an den Berufungsbeklagten (pag. 67). Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass die Betreuungsregelungen nur für den Fall gelten sollten, dass der Umzug vor den Herbstferien (oder Sommerferien) und damit nicht – wie die Berufungsklägerin es plant – nach den Herbstferien, erfolgt. Vielmehr bezieht sich die Zeitangabe im Gutachten insbesondere auf die Schulperioden der Kinder, empfiehlt sie doch die Weiterbeschulung in K._____ um die Stabilität in Bezug auf Schulalltag usw. zu erhalten.

- 21.6 Die Vorbringen gegen die Person der Gutachterin und das Gutachten erweisen sich somit als unbegründet. Auf das Gutachten kann somit grundsätzlich abgestellt werden.
22. Die Berufungsklägerin ist der Meinung, dass die von der Vorinstanz gewählte Regelung sich massiv negativ auf die sozialen Kontakte auf dem Schulweg und die Freizeit der Kinder auswirken würde. Zudem hätten die Änderung der Obhut und des Wohnsitzes präjudizierende Wirkungen auf das Scheidungsverfahren.

Mit der Lösung der Vorinstanz, wonach die Kinder weiterhin in dieselbe Schule gehen und weiterhin die einvernehmlich getroffene Betreuungsregelung weitergeführt wird, kann – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt – die Stabilität in Bezug auf den Schulalltag und der damit verbundenen Sozialkontakte aufrecht erhalten werden. Der Nachteil, der sich für die Kinder durch die an Betreuungstagen der Berufungsklägerin bedingten Fahrten von L._____ zur Schule nach K._____ ergibt, erscheint für das Kindeswohl kleiner als ein abrupter Schulwechsel. Zudem ist eine präjudizierende Wirkung auf den Hauptentscheid nicht ersichtlich, bleiben doch vorderhand der Schulungsort und die Betreuungstage und -zeiten der Kinder gleich wie bisher. Insofern ist für die Berufungsklägerin kein Nachteil zu erblicken, vielmehr würde eine Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen eine Präjudizierung darstellen, da es für das Kindeswohl nicht förderlich wäre, allenfalls mehrmals die Schule wechseln zu müssen.

23. Nach dem Ausgeführten kann der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich bestätigt werden. Die Berufung ist abzuweisen.

IV.

24. Die Parteien haben für das Berufungsverfahren Gesuche um Erteilung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Verfahren ZK 18 385 und ZK 18 408). Aufgrund des Anwaltswechsels der Berufungsklägerin ist über ihr Gesuch um Verbeiständung in einer separaten Entscheidung zu befinden. Vorliegend wird ihr Gesuch nur in Bezug auf die Gerichtskosten behandelt.

25. 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 Bst. c ZPO).
- 25.1 Als aussichtslos haben Prozessbegehren zu gelten, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahr und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen hat ein Begehren nicht als aussichtslos zu gelten, wenn die Gewinnaussichten und Verlustgefahren sich ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen oder davon absehen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 138 III 217 E. 2.2.4; 133 III 614 E. 5).
- 25.2 Mittellos ist, wer die erforderlichen Verfahrenskosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung des Grundbedarfs braucht. Zur Bestimmung sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse dem Aufwand für den notwendigen Lebensunterhalt gegenüberzustellen. Zu prüfen ist, ob der Geschwister in der Lage ist, die Verfahrenskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres und in den anderen Fällen innert zwei Jahren zu tilgen (vgl. EMMEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage 2016, N. 4 und 12 zu Art. 117).
26. Die Vorinstanz gewährte beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege für das erstinstanzliche Scheidungsverfahren (vgl. Entscheid der Vorinstanz vom 19. Juni 2018; pag. 103 f.). Die finanziellen Verhältnisse der Parteien haben sich seit diesem Entscheid soweit ersichtlich nicht verbessert, weshalb die Mittellosigkeit beider Parteien zu bejahen ist.
27. Die von der Berufungsklägerin eingereichte Berufung gegen die vorläufige Obhutszuteilung, die Betreuungszeiten und die Wohnsitzzuteilung der Kinder kann zudem nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden. Die Voraussetzungen zur Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege (Mittellosigkeit und Nichtaussichtslosigkeit) sind damit erfüllt. Der Berufungsklägerin wird deshalb in Bezug auf die Verfahrenskosten die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.

Da das vorliegende Verfahren für den Berufungsbeklagten von gewisser Bedeutung ist und die Frage betreffend den persönlichen Verkehr und die Obhut auch rechtliche wie auch tatsächliche Schwierigkeiten aufweist, denen er alleine nicht gewachsen wäre, rechtfertigt sich auch die Verbeiständung durch eine amtliche Anwältin. Das Gesuch des Berufungsbeklagten um Erteilung der unentgeltlichen

Rechtspflege vor oberer Instanz unter Beiordnung der von ihm mandatierten Rechtsbeistandin ist folglich gutzuheissen.

V.

28.

- 28.1 Oberinstanzlich werden die Prozesskosten auch in familienrechtlichen Verfahren praxisgemäss nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt und der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsklägerin unterliegt im oberinstanzlichen Verfahren vollumfänglich und wird kostenpflichtig.
- 28.2 Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 1'500.00 (Art. 45 Abs. 1 des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [VKD; BSG 161.12]), werden der Berufungsklägerin auferlegt, gehen jedoch vorläufig zulasten des Kantons Bern. Die Berufungsklägerin ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO).
- 28.3 Im oberinstanzlichen Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO).

29.

- 29.1 Die unterliegende Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklagten zudem antragsgemäss eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
- 29.2 Die Parteientschädigung spricht das Gericht nach den Tarifen zu (Art. 105 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 5 ff. der Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes [PKV; BSG 168.811]). Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand und der Bedeutung der Streitsache sowie der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]). Kann der Streitwert – wie im vorliegenden Fall – zahlenmässig nicht bestimmt werden, beträgt das Honorar in summarischen Verfahren zwischen CHF 120.00 und CHF 7'080.00 (30–60 % von CHF 400.00 bis CHF 11'800.00; Art. 5 Abs. 2 und 3 PKV). Für das Rechtsmittelverfahren beträgt das Honorar bis zu 50 % dieses Honorars (Art. 7 PKV). Für das Berufungsverfahren kann somit maximal ein Honorar von CHF 3'540.00 gefordert werden (50 % von CHF 7'080.00). Auslagen und Mehrwertsteuer werden zusätzlich entschädigt (Art. 42 Abs. 1 KAG).
- 29.3 Im vorliegenden Berufungsverfahren bildete die Frage der Obhutsuteilung und die Regelung des persönlichen Verkehrs den hauptsächlichen Verfahrensgegenstand. Die Streitsache ist für die Betroffenen von erheblicher Bedeutung, auch wenn es nur um eine vorsorgliche Massnahme geht. Die Schwierigkeit des Prozesses ist höchstens als durchschnittlich zu taxieren. So war der Sachverhalt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens übersichtlich und es waren in rechtlicher Hinsicht keine grösseren Abklärungen erforderlich. Der gebotene Zeitaufwand erwies sich als durchschnittlich.

- 29.4 Rechtsanwältin D. _____ macht in ihrer Honorarnote vom 28. August 2018 eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 2'908.75 geltend (Honorar CHF 2'625.00, Auslagen CHF 75.80, 7.7 % MWST CHF 207.95). Dies entspricht einem Ausschöpfungsgrad von knapp 75 % und liegt im Rahmen.

Die Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklagten demnach eine Parteientschädigung von CHF 2'908.75 zu bezahlen (Honorar CHF 2'625.00, Auslagen CHF 75.80, 7.7% MWST CHF 207.95).

- 29.5 Zufolge der voraussichtlichen Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung bei der ebenfalls prozessarmen Berufungsklägerin wird Rechtsanwältin D. _____ eine amtliche Entschädigung ausgerichtet. Dabei wird der geltend gemachte Zeitaufwand von 10.5 Stunden als angemessen erachtet. Die amtliche Entschädigung von Rechtsanwältin D. _____ für das Rechtsmittelverfahren wird demnach in Anwendung von Art. 42 KAG i.V.m. der PKV und Art. 1 der Verordnung über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte (EAV; BSG 168.711) wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		10.50	200.00	CHF	2'100.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	75.80
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	2'175.80	CHF	167.55
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	2'343.35
volles Honorar				CHF	2'625.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	75.80
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	2'700.80	CHF	207.95
Total				CHF	2'908.75
nachforderbarer Betrag				CHF	565.40

Im Umfang der Zahlung dieses amtlichen Honorars geht der Anspruch auf den Kanton Bern über (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Subsidiär dazu hat der Berufungsbeklagte dem Kanton Bern die ausgerichtete Entschädigung zurückzuzahlen, sobald er dazu in der Lage ist. Schliesslich hat der Berufungsbeklagte Rechtsanwältin D. _____ den nachforderbaren Betrag zu entrichten, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO und Art. 42a KAG).

Die Kammer entscheidet:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Der Berufungsklägerin wird die unentgeltliche Rechtspflege für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens erteilt (ZK 18 385).
3. Dem Berufungsbeklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren erteilt, unter Beiordnung von Rechtsanwältin D. _____ als amtliche Anwältin (ZK 18 408).
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestimmt auf CHF 1'500.00, werden der Berufungsklägerin auferlegt, gehen jedoch vorläufig zulasten des Kantons Bern. Die Berufungsklägerin ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist.
5. In den Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben.
6. Die Berufungsklägerin wird verurteilt, dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'908.75 zu bezahlen.
7. Zuzufolge Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung gemäss Ziff. 6 wird die Entschädigung von Rechtsanwältin D. _____ wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		10.50	200.00	CHF	2'100.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	75.80
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	2'175.80	CHF	167.55
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	2'343.35
volles Honorar				CHF	2'625.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	75.80
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	2'700.80	CHF	207.95
Total				CHF	2'908.75
nachforderbarer Betrag				CHF	565.40

Im Umfang der Zahlung dieses amtlichen Honorars geht der Anspruch auf den Kanton Bern über (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Subsidiär dazu hat der Berufungsbeklagte dem Kanton Bern die ausgerichtete Entschädigung zurückzuzahlen, sobald er dazu in der Lage ist. Schliesslich hat der Berufungsbeklagte Rechtsanwältin D. _____ den nachforderbaren Betrag zu entrichten, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO und Art. 42a KAG).

8. Zu eröffnen:
 - der Berufungsklägerin, vertreten durch ihren Anwalt
 - dem Berufungsbeklagten, vertreten durch seine Anwältin

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz

Bern, 31. August 2018

Im Namen der 2. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter D. Bähler

Der Gerichtsschreiber:

Klaus

Rechtsmittelbelehrung

Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nach Art. 276 ZPO sind als Endentscheide im Sinne von Art. 90 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) zu betrachten. Gegen den vorliegenden Entscheid über vorsorgliche Massnahmen kann daher innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. BGG geführt werden. Dabei kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden, wobei die Rüge zu begründen ist (Art. 98 BGG, Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Art. 95, 97 und 105 Abs. 2 BGG gelangen nicht zur Anwendung. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Die Streitsache ist nicht-vermögensrechtlich.

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.