

# **BGer 5A\_384/2018 vom 21. September 2018**

Bundesgericht, 2018-09-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_384\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_384_2018)

FR: TF 5A\_384/2018 du 21 septembre 2018

IT: TF 5A\_384/2018 del 21 settembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid betreffend Unterhalt und Güterrecht mit Fr. 30'000.-- übersteigendem Streitwert; somit steht die Beschwerde in Zivilsachen offen (Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Bst. b, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG) und folglich steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, wie es schon ihr Name sagt, nicht zur Verfügung (Art. 113 BGG). Die Eingabe ist folglich entgegen ihrer Bezeichnung als Beschwerde in Zivilsachen entgegenzunehmen.

In rechtlicher Hinsicht sind alle Rügen gemäss Art. 95 f. BGG zulässig und das Bundesgericht wendet in diesem Bereich das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), was heisst, dass es behauptete Rechtsverletzungen (Art. 42 Abs. 2 BGG) mit freier Kognition prüft.

Hingegen legt das Bundesgericht seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). In diesem Bereich kann lediglich eine offensichtlich unrichtige - d.h. willkürliche, in Verletzung von Art. 9 BV ergangene (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253; 141 IV 369 E. 6.3 S. 375) - Sachverhaltsfeststellung gerügt werden, wobei hierfür das strenge Rügeprinzip gilt (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 141 IV 369 E. 6.3 S. 375). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend substantiierte Rügen und rein appellatorische Kritik am Sachverhalt nicht eintritt; ausserdem ist aufzuzeigen, inwiefern die Behebung der aufgezeigten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253).

### **E. 2**

Schon im kantonsgerichtlichen Verfahren stellte sich die Frage, ob die für eine Berufung geltenden Begründungsanforderungen erfüllt sind. Das Kantonsgericht hielt dafür, dass die an eine anwaltliche Eingabe zu stellenden Anforderungen knapp, aber gerade noch erfüllt seien. Für die Beschwerde in Zivilsachen gelten strengere Voraussetzungen (vgl. dazu im Einzelnen E. 1), welche vorliegend über weite Strecken nicht erfüllt sind. Darauf wird im Sachkontext zurückzukommen sein.

An dieser Stelle sei indes schon festgehalten, dass die Kritik des Beschwerdeführers, das Verfahren sei ungebührlich verzögert und er sei dadurch geschädigt worden, nicht ansatzweise substantiiert ist, sondern ohne jegliche Bezugnahme auf den Verfahrensablauf und ohne Konkretisierung des angeblichen Schadens bloss abstrakt erhoben wird.

Abgesehen davon läuft die Kritik auf eine nachträglich eingereichte Rechtsverzögerungsbeschwerde hinaus.

### **E. 3**

Das Kantonsgericht ging in Bezug auf den nahehelichen Unterhalt von einer lebensprägenden Ehe und entsprechend von einem Anspruch der Ehefrau auf Deckung bzw. Fortsetzung des anhand des zuletzt gemeinsam erreichten Lebensstandards berechneten gebührenden Unterhaltes aus.

Diesbezüglich behauptet der Beschwerdeführer abstrakt eine Verletzung von Art. 8 BV, indem die Ehe für beide Teile lebensprägend gewesen und die Trennung gleichermassen ein Einschnitt sei; somit hätten beide Teile ihre Ansprüche zu beschränken.

Grundrechte entfalten ihre Schutzwirkung grundsätzlich nur im Verhältnis zwischen Bürger und Staat. Art. 8 BV hat keine unmittelbare Drittwirkung in den Beziehungen zwischen Privatpersonen. Indessen sind bei der Auslegung der Vorschriften des Zivilrechts die besonderen Anforderungen zu berücksichtigen, die sich aus den Grundrechten ergeben ( BGE 137 III 59 E. 4.1 S. 61 f.). Allerdings setzt dies voraus, dass sich der Beschwerdeführer konkret mit den zivilrechtlichen Normen auseinandersetzt und nicht einfach abstrakt auf Grundrechte beruft (vgl. BGE 107 Ia 277 E. 3a S. 280 f.; 143 I 217 E. 5.2 S. 219; Urteile 5P.40/2003 vom 27. Mai 2003 E. 4; 5D\_8/2016 vom 3. Juni 2016 E. 3; 5A\_362/2016 vom 20. Februar 2017 E. 6.3; 5A\_252/2017 vom 21. Juni 2017 E. 5; 5A\_98/2016 vom 25. Juni 2018 E. 3.3).

Diesen Begründungsanforderungen kommt der Beschwerdeführer nicht nach; er äussert sich nicht ansatzweise dazu, welche Norm des Zivilrechts und inwiefern diese verletzt sein soll. Überdies hat sich das Kantonsgericht auf die langjährige bundesgerichtliche Rechtsprechung zum nahehelichen Unterhalt bei lebensprägenden Ehen gestützt (dazu BGE 135 III 59 E. 4.1 S. 61; 137 III 102 E. 4.2.1.1 S. 106; 140 III 485 E. 3.3 S. 488; 141 III 465 E. 3.1 S. 468). Auch damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander, ebenso wenig mit der konkreten Höhe des gebührenden Unterhalts der Beschwerdegegnerin und seiner eigenen konkreten Leistungsfähigkeit. Mithin bleibt die Beschwerde in diesem Punkt unbegründet mit der Folge, dass insoweit nicht darauf einzutreten ist.

### **E. 4**

Strittig ist sodann der Kindesunterhalt und in diesem Zusammenhang insbesondere die Erwerbsfähigkeit der Mutter. Dabei ist Rechtsfrage, in welchem Umfang eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint, und Tatfrage, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist ( BGE 137 III 118 E. 2.3 S. 121; 143 III 233 E. 3.2 S. 235).

#### **E. 4.1**

Das Kantonsgericht hat einleitend bemerkt, dass das Bundesgericht für die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen herkömmlich keine bestimmte Methode vorschreibe. Dies trifft zu; gemäss bundesgerichtlichen Vorgaben wurde der Methodenpluralismus bislang zugelassen ( BGE 128 III 411 E. 3.2.2 S. 414 f.; 140 III 337 E. 4.2.2 S. 339; 140 III 485 E. 3.3 S. 488) und einzig die Vermischung einzelner Methoden als unzulässig erachtet.

Die auf 1. Januar 2017 erfolgte Einführung des Betreuungsunterhaltes führt zu einer erheblichen Komplizierung der Unterhaltsberechnung, namentlich wenn verschiedene Kinder untereinander und sodann diese mit dem Ehegatten in Konkurrenz stehen. Vor diesem Hintergrund sowie angesichts der zunehmenden interkantonalen Mobilität ist der Methodenpluralismus für die Zukunft kein gangbarer Weg mehr (Kritik an den bisher

eingräumten weiten Spielräumen, welche zu unterschiedlichen kantonalen Praxen im Bereich des Unterhaltsrechts geführt haben, üben namentlich: DIEZI, Nachlebensgemeinschaftlicher Unterhalt, Diss. Basel 2013, S. 338 f.; BÜCHLER/CLAUSEN, Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nahehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung, FamPra.ch 2015, S. 7). Es drängt sich auf, für die gesamte Schweiz eine einheitliche Methodik im Bereich des Unterhaltsrechts zu entwickeln und verbindlich vorzugeben.

Einen ersten Schritt hierzu hat das Bundesgericht im öffentlich beratenen und zur Publikation bestimmten Urteil 5A\_454/2017 vom 17. Mai 2018 E. 7 getan, indem es die sog. Lebenshaltungskostenmethode als verbindlich erklärt und die anderen in der Doktrin diskutierten bzw. in der kantonalen Rechtsprechung teilweise angewandten Methoden als nicht sachgerecht verworfen hat. Im vorliegenden Urteil wird sich das Bundesgericht zur Frage der Zumutbarkeit einer Erwerbsarbeit bei Betreuungspflichten (zum Resultat vgl. E. 4.7) und zum Verhältnis zwischen dem Betreuungsunterhalt und dem (nach-) ehelichen Unterhalt äussern (vgl. E. 4.8). Weitere Vorgaben werden im Rahmen künftiger Urteile folgen.

Wie sich im Einzelnen noch zeigen wird, bleibt das soeben Gesagte in Bezug auf den hier zu beurteilenden Fall ohne konkrete Auswirkung: Erstens pflegte das Kantonsgericht St. Gallen beim Betreuungsunterhalt zwar nicht der Lebenshaltungskostenmethode zu folgen, sondern legte diesem einen Fixbetrag im Verhältnis der Betreuungsquote zugrunde. Vorliegend hat es davon Abstand genommen mit der Begründung, dass das jüngste Kind unter der alternierenden Obhut der Elternteile steht, und deshalb nicht seine übliche Methode, sondern im Ergebnis die Lebenshaltungskostenmethode angewandt; es ist mithin bundesrechtskonform vorgegangen. Gleiches gilt für die vom Kantonsgericht sonst angewandte Form des Schulstufenmodells, wovon es vorliegend ebenfalls abgewichen ist (vgl. dazu E. 4.2). Was sodann die konkrete Unterhaltsberechnung anbelangt, fehlt es an einer hinreichenden Beschwerdebeurteilung (dazu E. 4.9.4), weshalb auch diesbezüglich die Beschwerde im Ergebnis abzuweisen ist (E. 4.9.5).

#### **E. 4.2**

Das Kantonsgericht hat die zum früheren Unterhaltsrecht für den Fall einer ehelich gelebten klassischen Rollenteilung entwickelte sog. 10/16-Regel - Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit von 50 % für den die Obhut über die Kinder übernehmenden Ehegatten, wenn das jüngste Kind 10-jährig war, und von 100 %, wenn dieses 16-jährig war - für den Betreuungsunterhalt dahingehend modifiziert, dass der betreuende Elternteil bis zum vollendeten 6. Lebensjahr des jüngsten Kindes keiner Erwerbstätigkeit, danach bis zum vollendeten 12. Altersjahr einer solchen im Umfang von 35 % und danach bis zum vollendeten 16. Lebensjahr einer solchen von 55 % nachgehen muss (im Sinn der Rechtsfrage bildenden Zumutbarkeit).

Für den vorliegenden Einzelfall hat es sodann erwogen, F.\_\_\_\_\_ sei gut 13 Jahre alt und die Mutter müsste deshalb grundsätzlich im Umfang von 55 % arbeiten. Das für F.\_\_\_\_\_ umgesetzte Modell der alternierenden Obhut verursache allerdings im Vergleich zum traditionellen Modell der einseitigen Obhutszuweisung Mehrkosten (höhere Mietkosten, doppelte Anschaffungen). In knappen Verhältnissen wie vorliegend bedeute dies, dass die Eltern, soweit zumutbar und möglich, einen grösseren Arbeitseinsatz zu leisten hätten. Dem entspreche, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung auch ungetrennte

Elternpaare, welche die Kinderbetreuung ähnlich wie die Parteien aufgeteilt hätten, in der Regel deutlich mehr arbeiten würden als ungetrennte Paare mit klassischer Rollenteilung.

Für die konkrete Zumutbarkeit ging das Kantonsgericht sodann von der aktuellen Erwerbstätigkeit der Mutter von total 60 % aus sowie von ihrer Angabe anlässlich der Hauptverhandlung, Logistik-Fachleute seien sehr begehrt und es sei nicht schwer, eine Vollzeitstelle zu finden. Zum ADHS von F. \_\_\_\_\_ erwog es, dass dies über eine erhöhte Betreuungsbedürftigkeit noch nichts aussage, allerdings Kinder mit diesem Syndrom typischerweise mehr Hilfe bei den Hausaufgaben und der allgemeinen Organisation des Alltags bräuchten; F. \_\_\_\_\_ gehe mittlerweile in die 5. oder schon 6. Klasse, weshalb er an mehreren Nachmittagen Schule habe und sich der erhöhte Betreuungsbedarf insbesondere am späteren Nachmittag oder Abend oder gegebenenfalls den Wochenenden ergebe. Vor dem Hintergrund all dieser Elemente sei der Beschwerdegegnerin die Ausübung einer Erwerbstätigkeit von 70 % zumutbar und auch tatsächlich möglich.

### **E. 4.3**

Kern der auf den 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Kindesunterhaltsrevision (AS 2015 4299) war die Einführung eines zivilstandsunabhängigen Betreuungsunterhalts, mit welchem die bestmögliche Betreuung des Kindes gewährleistet werden soll (Botschaft, BBl 2014 530, 552 und 554 f.).

Im Unterschied zu Deutschland (zur Rechtsvergleichung statt vieler: MENNE, Betreuungsunterhalt in der Schweiz und in Deutschland, in: Private Law, 2011, S. 1251 ff.; MENNE, Brennpunkte des Unterhaltsrechts, FamPra.ch 2014 S. 525 ff.; MENNE, Der Betreuungsunterhalt im Rechtsvergleich, FamPra.ch 2017 S. 1021 ff.), wo der Betreuungsunterhalt ein Anspruch des betreuenden Elternteils gegenüber dem anderen Elternteil ist (vgl. § 1570 Abs. 1 BGB für geschiedene und § 1615I Abs. 2 BGB für nicht verheiratete Eltern), wurde er vom schweizerischen Gesetzgeber als eine neben den Natural- und Barunterhalt tretende dritte Kategorie des Kindesunterhaltes ausgestaltet (vgl. Art. 276 Abs. 2 und Art. 285 Abs. 2 ZGB ).

Art. 285 Abs. 2 ZGB spricht in allgemeiner Weise davon, dass der Unterhaltsbeitrag auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte diene. Soweit es dabei um kostenpflichtige Drittbetreuung geht, ist diese im Rahmen des Barunterhaltes zu berücksichtigen, welcher alle (direkten) Kosten für das Kind abdeckt, d.h. sämtliche an Dritte für die notwendige Pflege, Erziehung und Ausbildung des Kindes zu erbringenden Entgelte (vgl. Botschaft, BBl 2014 540, 551 und 576). Mit dem Betreuungsunterhalt werden dagegen die (indirekten) Kosten abgegolten, welche einem Elternteil dadurch entstehen, dass er aufgrund einer persönlichen Betreuung des Kindes davon abgehalten wird, durch Arbeitserwerb für seinen Lebensunterhalt aufzukommen (vgl. Botschaft, BBl 2014 554 und 576). Mit anderen Worten soll der Betreuungsunterhalt, obwohl er formell als Anspruch des Kindes ausgestaltet ist, wirtschaftlich dem persönlich betreuenden Elternteil zukommen.

Angesichts der spezifischen Anknüpfung und Ausgestaltung des Betreuungsunterhaltes im schweizerischen Recht ist dieser auf der einen Seite vom Bar- und Naturalunterhalt für das Kind und auf der anderen Seite vom ehelichen bzw. nachehelichen Unterhalt gegenüber dem anderen Ehegatten abzugrenzen (vgl. zu Letzterem nebst den nachfolgenden Ausführungen insbesondere auch E. 4.8) :

Der Naturalunterhalt besteht in der Betreuung und Erziehung des Kindes; er stellt mithin die nichtpekuniäre Komponente des Kindesunterhaltes dar. Der Bar- und der

Betreuungsunterhalt werden beide in Form von Geldleistung erbracht, wobei wie gesagt der Barunterhalt alle direkten und der Betreuungsunterhalt die indirekten Kinderkosten umfasst. Soweit die Mittel nicht ausreichen, sind die beiden pekuniären Unterhaltskategorien nicht anteilmässig zu kürzen, sondern muss der Barunterhalt dem Betreuungsunterhalt vorgehen, weil er der Befriedigung der materiellen Bedürfnisse des Kindes dient, mithin auch wirtschaftlich direkt dem Kind zukommen soll, während der Betreuungsunterhalt wirtschaftlich dem betreuenden Elternteil zugedacht ist und nur indirekt die Bedürfnisse des Kindes (nämlich seine persönliche Betreuung) abdeckt; dies rechtfertigt, den Art. 276a Abs. 1 ZGB zugrunde liegenden Gedanken analog auf das Verhältnis zwischen Bar- und Betreuungsunterhalt zu übertragen (gleicher Ansicht namentlich AESCHLIMANN/SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung, Band I, 3. Aufl. 2017, N. 21 Allg. Bem. zu Art. 276-293 ZGB ; SPYCHER, Kindesunterhalt: Grundlagen und Herausforderungen, FamPra.ch 2016, S. 33; ALLEMANN, Betreuungsunterhalt, Jusletter vom 11. Juli 2016, Rz. 82; BURRI, Der Betreuungsunterhalt, Zürich 2018, S. 82).

Was sodann den auf Art. 163 ZGB fussenden ehelichen Unterhalt sowie den sich aus dem Gedanken der nahehelichen Solidarität ergebenden und rechtlich auf Art. 125 Abs. 1 ZGB stützenden nahehelichen Unterhalt im Falle fehlender Eigenversorgungskapazität anbelangt, ist nicht das Eltern-Kind-Verhältnis, sondern die Elternebene betroffen und damit naturgemäss einzig das verheiratete oder verheiratet gewesene Elternpaar. Die Verständigung über den Familienunterhalt bezieht sich nach der gesetzlichen Umschreibung in Art. 163 Abs. 2 ZGB auch auf die Kinderbetreuung und gemäss Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB ist diese bei der Scheidung zu berücksichtigen (für die heutige Tragweite dieser Bestimmung vgl. E. 4.8).

In der Unterhaltsnovelle wurde ausdrücklich festgehalten, dass der Kindesunterhalt dem (nach-) ehelichen Unterhalt vorgeht (vgl. Art. 276a Abs. 1 ZGB ). Aus den vorhandenen Mitteln ist folglich zuerst der Barunterhalt des Kindes, sodann der Betreuungsunterhalt für das Kind und am Schluss der (nach-) eheliche Unterhalt aufzufüllen.

#### **E. 4.4**

In Bezug auf das konkrete Vorgehen bei der Festsetzung des Betreuungsunterhaltes macht die Botschaft eher vage Angaben und überlässt Einzelheiten bewusst der Praxis. Immerhin wird ausgehend von der Überlegung, dass der Betreuungsunterhalt nicht Entlohnung für die Betreuung sein, sondern die zur erforderlichen persönlichen Betreuung eines Kindes notwendige physische Präsenz des Obhutsinhabers sicherstellen soll (vgl. Botschaft, BBl 2014 554 und 576), die Anwendung der Lebenshaltungskostenmethode empfohlen, welche das Bundesgericht im öffentlich beratenen und zur Publikation bestimmten Urteil 5A\_454/2017 vom 17. Mai 2018 E. 7 denn auch zur massgeblichen erklärt hat. Im Übrigen betont die Botschaft das Kindeswohl (BBl 2014 530, 534 und 554 f.) sowie die Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung (BBl 2014 552 und 575; dazu E. 4.6 und 4.7), wobei davon auszugehen sei, dass die Eltern am besten wüssten, welche Lösung für ihr Kind die beste sei (BBl 2014 565 und 575; vgl. auch Votum Bundesrätin Sommaruga in der parlamentarischen Debatte, AB N 2014 1233). Im Zusammenhang mit der von den Eltern vereinbarten Rollen- bzw. Lastenverteilung bzw. dem von ihnen gewählten Betreuungskonzept spricht die Botschaft sodann das Kontinuitätsprinzip an, welches es rechtfertige, die konkret gelebte Aufgabenteilung nach der Trennung für eine gewisse Zeit weiterzuführen (BBl 2014 552, 555 oben und 575 unten; dazu E. 4.5). Schliesslich hält die Botschaft fest, dass die Einführung des Betreuungsunterhaltes Anlass sein könnte, die sog.

10/16-Regel zu überdenken (BBl 2014 578).

#### **E. 4.5**

Die Aussage in der Botschaft, wonach die Eltern am besten wüssten, welche Betreuung für ihr Kind die beste sei, entspricht der Grundüberzeugung, wonach in Bezug auf alle Kinderbelange die Familien- bzw. Elternautonomie gegenüber staatlicher Intervention grundsätzlich Vorrang geniessen soll (vgl. BGE 142 III 481 E. 2.5 S. 488).

Wenn die Botschaft sodann festhält, dass das elternautonom festgelegte Betreuungskonzept im Trennungsfall vorerst für eine gewisse Zeit weitergeführt werden soll, entspricht dies der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum bisherigen Kindesunterhaltsrecht: Hatten die Ehegatten während der Ehe eine klassische Rollenteilung gepflegt, indem der eine Elternteil ganz oder überwiegend einer Erwerbsarbeit nachging und die finanziellen Lasten der Gemeinschaft trug, während sich der andere ganz oder überwiegend der Kinderbetreuung widmete, so war im Trennungsfall dem die Obhut übernehmenden Elternteil nach der sog. 10/16-Regel ein Erwerbsspensum von 50 % erst zumutbar, sobald das jüngste Kind 10 Jahre alt war, und ein solches von 100 % erst, sobald es 16 Jahre alt war ( BGE 115 II 6 E. 3c S. 10; 137 III 102 E. 4.2.2.2 S. 109 sowie zahllose nicht publizierte Entscheide). Umgekehrt konnte sich nicht im Zuge der Trennung auf diese Regel berufen, wer trotz Kinderbetreuung bereits während des Zusammenlebens erwerbstätig war (vgl. Urteile 5A\_100/2007 vom 4. Juli 2007 E. 4; 5A\_6/2009 vom 30. April 2009 E. 2.3; 5A\_177/2010 vom 8. Juni 2010 E. 8.2.2; 5A\_894/2010 vom 15. April 2011 E. 5.2.2; 5A\_319/2013 vom 17. Oktober 2013 E. 2.3.3; 5A\_277/2014 vom 26. September 2014 E. 3.2; 5A\_957/2014 vom 5. Mai 2015 E. 3.7.2).

Das Kontinuitätsprinzip wirkt sich mit anderen Worten in beide Richtungen aus, indem die Eltern im Trennungsfall für eine gewisse Zeit auf dem bisher Gelebten behaftet wurden. Entsprechend den Vorgaben der Botschaft ist das Kontinuitätsprinzip (zivilstandsunabhängig) auch im Bereich des Betreuungsunterhalts anzuwenden. Verschiedentlich wird dies zwar kritisiert, weil die vorbestandene Lösung nicht zwingend die beste für das Kind gewesen sein müsse (etwa BURRI, a.a.O., S. 64). Indes ist nur schwer zu sehen, inwiefern das Gericht besser als zuvor die Eltern soll beurteilen können, was im konkreten Fall zum besten Wohl des Kindes sei, und es wäre beispielsweise in der gelebten Rechtspraxis auch nicht denkbar, dass der Richter dem hauptbetreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit bzw. die Wahrnehmung eines Drittbetreuungsangebotes verbietet und ihn zu umfassender persönlicher Betreuung des Kindes verpflichtet.

#### **E. 4.6**

Soweit an keine gelebte Aufgabenteilung angeknüpft werden kann, was in erster Linie bei nicht in einem gemeinsamen Elternhaushalt geborenen Kindern der Fall sein wird (soweit hier nicht mit Blick auf die Geburt eine Vereinbarung getroffen worden ist), bedarf es in Bezug auf die Betreuung des Kindes und auf die Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit für den obhutsberechtigten Elternteil konkreter Regeln.

Sodann braucht es diese auch im Zusammenhang mit dem Kontinuitätsprinzip: Die im gemeinsamen Haushalt (der verheirateten oder unverheirateten Eltern) praktizierte Aufgabenteilung kann nicht in alle Ewigkeit fortgesetzt werden; es würde sonst über die Tatsache hinweggesehen, dass mit der Trennung neue Lebensverhältnisse einhergehen, welche zwangsläufig von denjenigen abweichen, unter denen sich die Eltern auf eine bestimmte Aufgabenteilung verständigt haben (namentlich DIEZI, a.a.O., S. 524). Dass vor

diesem Hintergrund die im gemeinsamen Haushalt gelebte Aufgabenteilung nicht auf unbestimmte Zeit perpetuiert werden kann, entspricht denn auch der bisherigen Rechtsprechung und den Vorgaben in der Botschaft ("für eine gewisse Zeit", vgl. Nachweise in E. 4.4).

Aus der soeben zitierten Aussage der Botschaft geht gleichzeitig hervor, dass dem die Obhut übernehmenden Elternteil, der sich bislang ganz oder überwiegend der Kinderbetreuung gewidmet hat, die Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit in der Regel nicht sofort zugemutet werden soll. Dies würde sich nebst den genannten Gründen auch deshalb nicht rechtfertigen, weil die Trennung eine einschneidende Zäsur für das Kind bedeutet, welche zuerst verarbeitet sein will. Eine gleichzeitig mit der Trennung einhergehende Umgestaltung des Betreuungsmodells würde sich deshalb mit dem Kindeswohl schlecht vereinbaren lassen. Wie dies schon bislang der Fall war, sind mithin - in Abhängigkeit vom Grad der Wiederaufnahme oder Ausdehnung, vom finanziellen Spielraum der Eltern und von weiteren Umständen des Einzelfalls - Übergangsfristen zu gewähren, die nach Möglichkeit grosszügig bemessen sein sollen (vgl. BGE 113 II 13 E. 5 S. 17; 129 III 417 E. 2.2 S. 421; zuletzt Urteil 5A\_1043/2017 vom 31. Mai 2018 E. 3.2).

#### **E. 4.6.1**

Was nun die konkrete Regel für die Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit bei gleichzeitiger Kinderbetreuung anbelangt, werden in der Lehre verschiedene Konzepte vorgeschlagen. Letztlich gehen alle Meinungsäusserungen von der Aussage in der Botschaft aus, wonach die Kindesunterhaltsrevision Anlass biete, die sog. 10/16-Regel zu überdenken (BBl 2014 578), und drehen sich darum, ob diese Regel für den Betreuungsunterhalt zu übertragen oder zu modifizieren sei (für mehr oder weniger unveränderte Übertragung der Regel: SPYCHER, *Betreuungsunterhalt: Zielsetzung, offene Fragen und Berechnungsthemen*, FamPra.ch 2017, S. 219; FANKHAUSER, *Der Betreuungsunterhalt: zur Spurensuche und -deutung anhand von Materialien*, in: *Zivilrecht und seine Durchsetzung*, 2016, S. 805; ALLEMANN, a.a.O., Rz. 36; BURRI, a.a.O., S. 67; für eine Modifikation im Sinn von Schulstufenmodellen in verschiedener Ausprägung: JUNGO/AEBI-MÜLLER/SCHWEIGHAUSER, *Der Betreuungsunterhalt*, FamPra.ch 2017, S. 167; ARNDT/BRÄNDLI, *Berechnung des Betreuungsunterhalts*, FamPra.ch 2017, S. 241; STAUDMANN, *La contribution de prise en charge*, in: *Entretien de l'enfant et prévoyance professionnelle*, 2018, S. 107; für ein Altersstufenmodell mit Eintrittsalter von drei Jahren gemäss deutschem Recht: RUMO-JUNGO, *Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern*, recht 2008, S. 35; KELLER, *Gesetzliche Verankerung der Dreijahresregel nach deutschem Vorbild de lege ferenda auch in der Schweiz*, FamPra.ch 2014, S. 582; DE LUZE, *Entretien de l'enfant*, in: *Droit en question*, 2017, S. 117 f.; BURRI, a.a.O., S. 71).

#### **E. 4.6.2**

Die sog. 10/16-Regel wurde ursprünglich für die altrechtliche Scheidungsrente nach Art. 151 ZGB entwickelt, in der Folge - nach einer anfänglich erfolgten Fokussierung auf das Prinzip des clean break (vgl. BGE 127 III 136) - auf das neue Scheidungsrecht übertragen und schliesslich generell auch auf den ehelichen Unterhalt angewandt. Es ging mit anderen Worten immer um Unterhaltsleistungen, welche auf der ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft bzw. der daran knüpfenden nahehelichen Solidarität fussen. Hintergrund bzw. materielle Grundlage war - analog zum Anspruch auf Beibehaltung des bisherigen Lebensstandards

bei langjähriger und damit lebensprägender Ehe (vgl. BGE 132 III 593 E. 3.2 S. 594 f.; BGE 134 III 145 E. 4 S. 146; 134 III 577 E. 8 S. 580; 135 III 59 E. 4.1 S. 61) - das Vertrauen in die zwischen den verheirateten Eltern gestützt auf Art. 163 Abs. 2 ZGB vereinbarte Aufgabenteilung in Verbindung mit dem Vertrauen auf den Fortbestand der Ehe (aus der jüngeren Zeit z.B. BGE 135 III 59 E. 4.1 S. 61; 138 III 97 E. 3.2 S. 101 f.; Urteile 5A\_103/2008 vom 5. Mai 2008 E. 2.2.2; 5A\_241/2010 vom 9. November 2010 E. 5.4.3 und 5.4.4).

Freilich war die 10/16-Regel immer auch vom Gedanken des Kindeswohls getragen, ansonsten nicht eine Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit (erst) ab den Altersstufen 10 bzw. 16 als zumutbar erachtet worden wäre. Dieser zunächst teilweise unausgesprochen gebliebene (vgl. aber bereits BGE 109 II 283 E. 5b S. 289) oder jedenfalls nur implizit angesprochene Hintergrund wurde in jüngeren Entscheidungen meist offen erwähnt, indem das Kindeswohl gleichberechtigt neben dem Vertrauen in die gestützt auf Art. 163 Abs. 2 ZGB vereinbarte Aufgabenteilung und den Fortbestand der Ehe als Begründung für die 10/16-Regel angeführt wurde (vgl. namentlich BGE 121 III 441 E. 3b/aa S. 443; 137 III 102 E. 4.2.2.2 S. 109; Urteile 5A\_210/2008 vom 14. November 2008 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 135 III 158 ; 5A\_6/2009 vom 30. April 2009 E. 2.2). In einem - von allen anderen Präjudizien abweichenden - Entscheid hat das Bundesgericht schliesslich festgehalten, die 10/16-Regel sei allein dem Kindeswohl verpflichtet (Urteil 5A\_336/2015 vom 3. März 2016 E. 5.3).

### **E. 4.6.3**

Die im letztgenannten Urteil gemachte Aussage kann vor dem Hintergrund der Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates, wonach die Eigen- und die Fremdbetreuung grundsätzlich gleichwertig seien (Nachweise in E. 4.4) für den Betreuungsunterhalt nicht mehr massgebend sein. Der mit der 10/16-Regel unterschwellig verbundene Gedanke, dass ein Kind bis zu 10 Jahren auch unter der Woche auf ganztägige Eigenbetreuung angewiesen und Fremdbetreuung letztlich nicht im Kindeswohl sei, stand immer schon in einem gewissen Kontrast zur Prämisse, wonach die von den Eltern einvernehmlich gewählte Betreuungsform als die beste Lösung für das Kind anzusehen sei und die einmal gewählte Betreuungsart auch für den Trennungsfall Bestand haben solle (dazu E. 4.5). Die gedankliche Auflösung dieses Spannungsfeldes kann insofern offenbleiben, als die Botschaft für den Betreuungsunterhalt wie gesagt von einer Gleichwertigkeit zwischen Eigen- und Fremdbetreuung ausgeht. Dieser Grundsatz ist nunmehr - auch wenn der Gleichwertigkeitsgrundsatz in der Lehre bislang kaum aufgenommen worden ist - für den Betreuungsunterhalt als neues Kernprinzip massgeblich. Entsprechend kann es nicht nur für den Fall elterlicher Einigung, sondern muss es auch für die richterliche Entscheidung im Streitfall gelten (vgl. auch E. 4.7.1). Die entscheidende Ausgangsfrage lautet mithin: Wie lange und in welchem Umfang braucht ein Kind im konkreten Fall persönliche Betreuung?

### **E. 4.7**

Die Notwendigkeit persönlicher Betreuung ist zunächst im Sinn des Kindeswohls durch die objektivierbaren Bedürfnisse des Kindes bestimmt, und zwar durch die allgemeinen Bedürfnisse eines jeden kleinen Kindes, ferner aber auch durch spezifische Bedürfnisse z.B. bei physischen oder psychischen Gebrechen (kindbezogene Gründe). Sodann muss bei gelebten Verhältnissen nach dem in E. 4.5 und 4.6 Gesagten für eine erste Phase das

Kontinuitätsprinzip greifen, weil die Prämisse besteht, dass die Eltern am besten wissen, welches Betreuungskonzept ihrem Kind zum Wohl gereicht (elternbezogene Gründe). Schliesslich setzt der in der Botschaft aufgestellte Gleichwertigkeitsgrundsatz gedanklich die Existenz adäquater Drittbetreuungsstrukturen voraus; fehlen solche in sinnvoller geographischer Distanz oder sind sie aufgrund langer Wartelisten nicht innert nützlicher Frist greifbar, bleibt bei kleineren Kindern zwangsläufig nur die persönliche Betreuung übrig (umgebungsbezogene Gründe).

#### **E. 4.7.1**

Am schwierigsten gestaltet sich die Regelbildung im Zusammenhang mit den kindbezogenen Gründen bei einem gesunden und normal entwickelten Kind.

Der von der Botschaft vorgegebene Grundsatz, dass die Eigen- und die Fremdbetreuung grundsätzlich als gleichwertig anzusehen sind (vgl. E. 4.6.3), schliesst ein einseitiges Wahlrecht des Obhutsberechtigten für den Fall elterlicher Uneinigkeit über die richtige Betreuungsform aus, umso mehr als die betreffende Wahl grundsätzlich zur Ausübung des Sorgerechts gehört, welches im Regelfall unabhängig von der Obhutszuteilung beiden Elternteilen gemeinsam zusteht ( Art. 296 Abs. 2 ZGB ; zu den Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Alleinzuteilung des Sorgerechts vgl. BGE 141 III 472 und die darauf beruhende Rechtsprechung).

Ebenso wenig kann aber eine rein ökonomische Betrachtung im Vordergrund stehen, nach welcher die Betreuungsform an dem auszurichten wäre, was insgesamt die grösste materielle Wohlfahrt verspricht. Vielmehr ist gemäss Botschaft stets das Kindeswohl im konkreten Einzelfall massgebend. Die diesbezügliche richterliche Entscheidungsfindung stösst freilich an die Grenzen der Justiziabilität. Insofern bedarf es, wie festgehalten, einer auf den Normalfall ausgerichteten Regel.

#### **E. 4.7.2**

Der deutsche Gesetzgeber hat in Abkehr von der früher praktizierten sog. 08/15-Regel vorgegeben, dass Betreuungsunterhalt im Normalfall während der drei ersten Lebensjahre des Kindes geschuldet ist (vgl. § 1570 Abs. 1 bzw. § 1615I Abs. 2 BGB). Dies scheint eine sinnvolle gesetzgeberische Entscheidung zu sein. Einer Übernahme dieses Schwellenalters für die Schweiz würde angesichts der fehlenden gesetzgeberischen Vorgaben jedoch ein willkürliches Element innewohnen, weil es - abgesehen von Stimmen in der kinderpsychologischen Literatur (dazu E. 4.7.4), wonach ein Kind vor allem in den ersten drei Jahren eine enge Bezugsperson brauche - an keine objektiven Anhaltspunkte zu knüpfen vermag und wenig einsichtig ist, weshalb ein Kind im Sinn einer allgemeinen Richtlinie gerade bis drei Jahre auf persönliche Betreuung angewiesen sein soll und nachher nicht mehr. Vielmehr ist eine gewisse Altersabstufung weiterhin naheliegend und scheint es überdies geboten, objektivierbare Kriterien zum Ausgangspunkt zu machen.

#### **E. 4.7.3**

Weil die 10/16-Regel in erster Linie am Vertrauen in den Bestand der Ehe (vgl. dazu E. 4.5) und nicht an objektivierbaren Kriterien in Bezug auf die Betreuungsbedürfnisse eines normal entwickelten Kindes anknüpft, wäre ihre Übertragung auf den strikt zivilstandsunabhängig ausgestalteten Betreuungsunterhalt nicht sachgerecht. Sodann würden sich derart hohe Altersschwellen - jedenfalls dort, wo nicht an ein vorher gelebtes Modell angeknüpft werden kann - auch nicht mit dem von der Botschaft in den

Vordergrund gerückten Grundsatz der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung vereinbaren lassen (vgl. E. 4.6.3).

#### **E. 4.7.4**

Konkrete Eckpunkte lassen sich auch aus der kinderpsychologischen Forschung nicht ableiten: Diese ist bislang zu keinem klaren Ergebnis gelangt, welche Betreuungsform in der Nachtrennungszeit für ein Kind am besten wäre (vgl. Zusammenstellung zahlreicher Studien bei RUHE/SCHREIBER, Nicht elterliche Drittbetreuung, FamPra.ch 2017, S. 756 ff.). Als gesichert kann einzig gelten, dass Kleinkinder in einer ersten Lebensphase empfindlich auf jeden Wechsel der Pflegeperson reagieren, insbesondere wenn damit auch ein Wechsel in der häuslichen Umgebung verbunden ist, weshalb sichergestellt sein sollte, dass eine geeignete und nicht wechselnde Person ganztägig zur persönlichen Betreuung zur Verfügung steht (vgl. Hinweise auf die betreffende kinderpsychologische Literatur bereits in BGE 121 III 441 E. 3b/aa S. 443).

Die Eidgenössische Koordinationskommission für Familienfragen als zuständiges Fachgremium des Bundes geht in ihrem im Jahr 2008 verfassten Bericht "Familien- und schulergänzende Kinderbetreuung" davon aus, dass die stabile Bindung an eine Betreuungsperson zur Ausprägung des "Urvertrauens" im ersten Lebensjahr wichtig, jedoch für die weitere Entwicklung des Kindes primär die Qualität der in verschiedenen Formen möglichen Betreuung entscheidend ist (in diesem Sinn auch SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung, Band I, 3. Aufl. 2017, N. 65 zu Art. 285 ZGB ).

Der Bericht lässt mit anderen Worten offen, welche Betreuungsform im Anschluss an die erste Lebensphase des Kindes vorzuziehen ist. Aus der kinderpsychologischen Literatur ergibt sich, wie bereits angetönt, kein eindeutiges Ergebnis, dass nach dem ersten Lebensjahr eine vollumfängliche persönliche Betreuung eines gesunden Kindes für dessen körperliche, geistige und soziale Entwicklung weiterhin unabdingbar wäre (Hinweise auf verschiedene internationale Studien z.B. bei KELLER, Gesetzliche Verankerung der Dreijahresregel nach deutschem Vorbild de lege ferenda auch in der Schweiz, FamPra.ch 2014, S. 574 ff.). Es werden freilich verschiedene Thesen vertreten und diese nehmen teilweise die Form eines Glaubenskrieges an (DIEZI, a.a.O., S. 527); verschiedentlich wird von Fachseite frei eingeräumt, dass sich letztlich keine stringenten Aussagen machen lassen (vgl. SCHREINER, in: FamKomm Scheidung, Band II, 3. Aufl. 2017, Anh. Psych N. 165; RUHE/SCHREINER, a.a.O., S. 760 f.).

#### **E. 4.7.5**

Im neulich (noch zum früheren Kindesunterhaltsrecht) ergangenen Urteil 5A\_98/2016 vom 25. Juni 2018 E. 3.5 hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ab wann einer Mutter die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit zuzumuten ist, wenn sie für die im Zuge der Trennung unter die Obhut des Vaters gestellten Kinder Unterhaltsleistungen zahlen muss und später aus einer neuen Beziehung ein Kind zur Welt bringt. Unter Verweis auf den erwähnten Bericht der Eidgenössischen Koordinationskommission für Familienfragen, auf die Rechtsprechung zu ähnlichen Konstellationen und auf Ziff. C.I.3 der per 1. Januar 2017 dahingehend revidierten SKOS-Richtlinien hat das Bundesgericht befunden, dass während des ersten Lebensjahres des neugeborenen Kindes die persönliche Betreuung und die damit einhergehende Unzumutbarkeit einer Erwerbsarbeit für die Mutter eine besondere Rechtfertigung für die ungleiche Verteilung von Natural- und Geldunterhalt gegenüber den Kindern aus den zwei Beziehungen darstellen kann.

Dass mithin nach Vollendung des ersten Lebensjahres des unter ihrer Obhut stehenden Kindes der Mutter eine Erwerbstätigkeit (wieder) zumutbar war, kann indes nicht im Sinn einer generellen Richtlinie für den Betreuungsunterhalt verallgemeinert werden. Dies ist vielmehr zugeschnitten auf den Fall, dass die (finanziellen und betreuenden) Unterhaltsansprüche von Kindern aus verschiedenen Beziehungen in Konkurrenz stehen, so dass ein gerechter Ausgleich zu finden und kein Kind über Gebühr zu vernachlässigen ist.

#### **E. 4.7.6**

Mit der obligatorischen Einschulung des Kindes (in der Mehrheit der Kantone der Kindergarten-, in verschiedenen aber auch der eigentliche Schuleintritt) wird der obhutsberechtigte Elternteil in verbindlicher Weise während der betreffenden Zeit von der persönlichen Betreuung entbunden. Dies muss - letztlich mangels anderer objektivierbarer Kriterien für die Betreuungsbedürfnisse eines sich normal entwickelnden Kindes (dazu E. 4.7.1 bis 4.7.5) - zum Ausgangspunkt genommen werden. Dabei geht es folglich, in Nachachtung des für das neue Recht geltenden Gleichwertigkeitsgrundsatzes (dazu E. 4.6.3 und 4.7.1), nicht um eine Kindeswohlüberlegung, sondern um die Anknüpfung an die verbindliche Übernahme von Betreuungsaufgaben durch den Staat. Objektivierbar ist sodann, dass sich die schulische Betreuung im Verlauf der Jahre ausdehnt. Dies sowie die allgemeine Entwicklung des Kindes lassen eine Ausdehnung der zumutbaren Erwerbsquote nach Schulstufen des Kindes als angezeigt erscheinen.

Dass nach dem Gesagten für die Regelbildung im Sinn eines Ausgangspunktes an der obligatorischen Beschulung des Kindes anzuknüpfen ist, könnte eine schrittweise feine Abstufung der jeweils zumutbaren Erwerbsquote nahelegen. Es ist jedoch zu befürchten, dass dies an der realen Situation auf dem Arbeitsmarkt vorbeigeht und in der Praxis (auch rechnerisch) nur schwer zu handhaben wäre. Es scheint mit Blick auf die Praxistauglichkeit sachgerechter, die Stufen zu vergrößern und für den Normalfall dem hauptbetreuenden Elternteil ab der (je nach Kanton mit dem Kindergarten- oder mit dem eigentlichen Schuleintritt erfolgenden) obligatorischen Beschulung des jüngsten Kindes eine Erwerbsarbeit von 50 %, ab dessen Eintritt in die Sekundarstufe I eine solche von 80 % und ab dessen Vollendung des 16. Lebensjahres einen Vollzeiterwerb zuzumuten.

#### **E. 4.7.7**

Dabei handelt es sich wie gesagt um den Ausgangspunkt der Regelbildung insofern, als der betreuende Elternteil auch anders als durch die obligatorische Beschulung des Kindes von Betreuungspflichten entlastet und dadurch für eine Erwerbstätigkeit frei werden kann. Zu denken ist für die vorangehende Zeit zum Beispiel an die Betreuung in einer Kinderkrippe oder durch eine Tagesmutter, aber auch im Rahmen freiwilliger Kindergartenjahre, und ab dem Zeitpunkt der obligatorischen Einschulung namentlich an kindergarten- oder schulergänzende Angebote.

Die Verfügbarkeit solcher Angebote darf nicht ausser Acht bleiben, insbesondere dort, wo keine gelebte Situation vorliegt. Nach dem in E. 4.7.1 Gesagten würde zwar eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise dem Kindeswohlgedanken nicht gerecht. Indes steht es nicht im Widerspruch zum Anliegen der Unterhaltsrevision, die bestmögliche Betreuung des Kindes sicherzustellen, wenn bei elterlichem Dissens auch wirtschaftliche Gedanken in die richterliche Entscheidungsfindung einfließen: Die Eltern haben gemeinsam alle Bedürfnisse des Kindes abzudecken (vgl. Art. 276 Abs. 1 ZGB); dazu gehört nicht nur die Betreuung, sondern gleichwertig auch die Bereitstellung der nötigen finanziellen Mittel. Es dürfte nicht

im Interesse des Kindes liegen, dauerhaft in Sozialhilfeabhängigkeit oder jedenfalls am Rand des Existenzminimums aufzuwachsen, wie dies selbst bei mittleren Verhältnissen droht, wenn mit einem einzigen Erwerbseinkommen zwei Haushalte finanziert werden müssen. Insofern liegt die beidseitige Ausschöpfung der elterlichen Eigenversorgungskapazität, wo dies aufgrund greifbarer Drittbetreuungsangebote zu bewerkstelligen ist und im Ergebnis zu spürbaren wirtschaftlichen Vorteilen führt, durchaus im Kindeswohl (vgl. DIEZI, a.a.O., S. 529). Jedenfalls wäre es für die heutige Zeit, wo auch in gemeinsam geführten Haushalten überwiegend beide Elternteile zumindest teilweise erwerbstätig sind, nicht einsichtig, wieso es bei getrennten Haushalten, die zwangsläufig höhere Kosten verursachen, anders sein sollte; statistische Erhebungen zeigen denn nebst der genannten Tatsache auch, dass betreuende Elternteile in getrennten und in gemeinsamen Haushalten zu relativ ähnlichen Prozentsätzen erwerbstätig sind (vgl. im Einzelnen zu den Erwerbsquoten und der Erwerbssituation bei Kinderbetreuung in Paar- bzw. Einzelhaushalten: Bundesamt für Statistik, "Erwerbsquoten der 25- bis 54-Jährigen nach Geschlecht, Familiensituation und Alter des jüngsten Kindes" [su-d-01.07.05.01] und "Erwerbssituation der 25- bis 54-Jährigen nach Geschlecht, Familiensituation und Alter des jüngsten Kindes im Haushalt" [su-d-01.07.05.07]).

Mit dem soeben Gesagten soll - vor dem Hintergrund des in beide Richtungen geltenden Gleichwertigkeitsgrundsatzes - keine Vermutung zugunsten einer möglichst umfassenden Drittbetreuung des Kindes auch für den vor- sowie ausserschulischen Bereich, sondern eine diesbezügliche richterliche Prüfungspflicht aufgestellt werden. Damit steht den Sachgerichten auch die Möglichkeit offen, auf die fortschreitenden gesellschaftlichen Veränderungen und die nach wie vor in Ausbau befindlichen Drittbetreuungsangebote zu reagieren. Dies haben sie übrigens schon im Zusammenhang mit der 10/16-Regel getan; zwar hat das Bundesgericht für das alte Kindesunterhaltsrecht an dieser bis zuletzt im Sinn einer Richtlinie festgehalten, es ist aber kein Fall ersichtlich, in welchem das Bundesgericht ein begründetes Abweichen von der Richtlinie nicht geschützt hätte.

#### **E. 4.7.8**

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass im Sinn einer Richtlinie für die Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbsquote erstens von der betreuerischen Entlastung des obhutsberechtigten Elternteils zufolge obligatorischer Beschulung des Kindes auszugehen ist und zweitens nach richterlichem Ermessen auch weitere Entlastungsmöglichkeiten durch freiwillige (vor-) schulische oder ausserschulische Drittbetreuung zu berücksichtigen sind.

Von selbst versteht sich, dass - nebst dem Vorhandensein und der konkreten Greifbarkeit von Drittbetreuungsangeboten, auch schulergänzenden wie Mittagstisch etc., welche eine Erwerbstätigkeit faktisch zulassen (sog. umgebungsbezogene Gründe, vgl. 4.7) - immer auch die tatsächliche Erwerbsmöglichkeit anhand der üblichen Kriterien (Gesundheit, Ausbildung, Arbeitsmarktlage, etc., vgl. BGE 128 III 4 E. 4a S. 5; 137 III 102 E. 4.2.2.2 S. 108; Urteil 5A\_129/2015 vom 22. Juni 2016 E. 5.5.1) zu prüfen ist; all dies ist freilich eine von der Zumutbarkeit als Rechtsfrage zu unterscheidende und separat zu prüfende Tatsachenfrage.

#### **E. 4.7.9**

Von den soeben aufgestellten Richtlinien kann aufgrund pflichtgemässer richterlicher Ermessensausübung im Einzelfall abgewichen werden. Beispielsweise darf

Berücksichtigung finden, dass bei vier Kindern die verbleibende ausserschulische Betreuungslast (Aufgabenhilfe, Vorkehrungen im Krankheitsfall, Kindergeburtstage, Hilfestellung bei der Ausübung von Hobbys, etc.) deutlich grösser als bei nur einem Kind und deshalb eine Erwerbstätigkeit von 50 % bzw. 80 % gemäss Schulstufen allenfalls nicht zumutbar ist. Eine erhöhte Betreuungslast kann sich auch durch eine Behinderung eines Kindes ergeben (vgl. E. 4.7; MICHEL/LUDWIG, in: Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl. 2018, N. 8c zu Art. 285 ZGB ). Spezifische Besonderheiten des Einzelfalles waren schon nach der bisherigen Rechtsprechung zu berücksichtigen (vgl. etwa das Urteil 5A\_210/2008 vom 14. November 2008 E. 3.3.1, nicht publ. in: BGE 135 III 158 ).

#### **E. 4.8**

Nähere Betrachtung verdient schliesslich das potentiell auch in der vorliegenden Scheidungssache relevante Verhältnis zwischen dem Betreuungsunterhalt und dem (nach-) ehelichen Unterhalt.

##### **E. 4.8.1**

Vor dem Hintergrund, dass die 10/16-Regel namentlich auf dem Gedanken des schützenswerten Vertrauens in den Bestand der Ehe baut, könnte sie für den (nach-) ehelichen Unterhalt an sich belassen werden, indem das mit der Unterhaltsrevision aus der betreffenden Unterkategorie ausgegliederte Element der Kinderbetreuung (vgl. Botschaft, BBl 2014 555) nach Ablauf des Betreuungsunterhaltes für eine gewisse weitere Zeit in jene "zurückverschoben" würde. Ein solches Vorgehen wäre namentlich aufgrund der Aussage in der Botschaft, wonach die Einführung des Betreuungsunterhaltes das System des nahehelichen Unterhaltes nicht grundsätzlich in Frage stellen soll (BBl 2014 555), und der Tatsache, dass Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB nicht gestrichen wurde, denkbar und in der Theorie vielleicht sogar naheliegend.

##### **E. 4.8.2**

Indes scheint eine Rückverschiebung des Aspektes der Kinderbetreuung in den zwischen den Ehegatten geschuldeten Unterhalt aus verschiedenen Gründen nicht opportun:

Zum einen würde die für die Rechtspraxis ohnehin an Grenzen stossende Komplexität der Unterhaltsberechnung zusätzlich vergrössert. Mehr noch als dieser praktische Aspekt fällt jedoch ins Gewicht, dass die Ehe in den letzten Jahrzehnten ihren Charakter als "Versorgungsinstitut" stark eingebüsst hat und angesichts der zwischenzeitlich bei knapp 50 % liegenden Scheidungsquote (vgl. Bundesamt für Statistik, "Zusammengefasste Scheidungsziffer" [gr-d-01.06.01.02.04-su]) aus der gesamtgesellschaftlichen Perspektive zwar nach wie vor, aber nicht mehr in gleicher Intensität von einem schützenswerten Vertrauen in den Fortbestand der Ehe gesprochen werden kann.

Sodann dürfen auch die stark veränderten Rahmenbedingungen (aufgekommenes und immer noch in Ausbau befindliches Drittbetreuungsangebot) und gesellschaftlichen Ansichten in Bezug auf die Betreuungsformen nicht ausgeblendet werden. Heute lässt die überwiegende Zahl von Eltern ihre Kinder bereits sehr früh ganz oder teilweise und in unterschiedlichen Strukturen durch Drittpersonen betreuen, um selbst einer Erwerbsarbeit nachgehen zu können (statistische Nachweise in E. 4.7.7), in der Überzeugung, dass dies insgesamt eine gute Lösung sei. Entscheiden sich die Eltern anders, indem sie die persönliche Betreuung auch älterer Kinder als beste Lösung erachten, ist diese Aufgabenteilung im Trennungsfall vorerst, aber nicht für beliebige Zeit fortzuführen (dazu

E. 4.5 und 4.6). Für die richterliche Entscheidung, wie die Situation nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist auszusehen hat, kann der angesprochene gesamtgesellschaftliche Anschauungswandel auch auf der Ebene des Ehegattenunterhalts nicht unberücksichtigt bleiben. Es wäre künstlich, hier (weiterhin) einen anderen Massstab anzulegen.

Ein Teil der Lehre weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass damit der (nach-) eheliche Unterhalt im Ergebnis "gekürzt" werde, ohne dass sich die äusseren Umstände geändert hätten, was nicht das Anliegen der Gesetzesrevision gewesen sein könne (namentlich FANKHAUSER, a.a.O., S. 805; BURRI, a.a.O., S. 67; SPYCHER, *Betreuungs- und Vorsorgeunterhalt - Stand der Diskussion und Ausblick*, in: *Elterliche Sorge, Betreuungsunterhalt, Vorsorgeausgleich und weitere Herausforderungen*, 2018, S. 90). Freilich haben sich diese nicht auf das Stichdatum des 1. Januar 2017, wohl aber seit Begründung der 10/16-Regel markant verändert, wie vorstehend dargelegt worden ist. Darauf dürfte denn auch die Aussage in der Botschaft zielen, die Einführung des Betreuungsunterhaltes könnte Anlass sein, die 10/16-Regel zu überdenken (BBl 2014 578). Insgesamt drängt sich nach dem Gesagten auf, die Richtlinien für die Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbsarbeit im Zusammenhang mit Kinderbetreuung für den Betreuungsunterhalt und den (nach-) ehelichen Unterhalt zu harmonisieren.

Aus dem Gesagten ergibt sich zusammenfassend, dass die 10/16-Regel nicht nur nicht auf den Betreuungsunterhalt zu übertragen (vgl. E. 4.7.3), sondern vielmehr auch im Bereich des (nach-) ehelichen Unterhaltes aufzugeben ist. Für die Zumutbarkeit der (Wieder-) Aufnahme und/oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit gelten fortan die gleichen Richtlinien, wie sie in E. 4.7.6 bis 4.7.9 aufgestellt worden sind.

### **E. 4.8.3**

Als Themata des nahehelichen Unterhaltes verbleiben somit die Nachteile, welche durch die Kinderbetreuung entstehen und quantitativ nicht durch den wirtschaftlich dem betreuenden Elternteil zugedachten Betreuungsunterhalt abgedeckt sind. Dazu gehört namentlich die Differenz zwischen dem für den Betreuungsunterhalt relevanten familienrechtlichen Existenzminimum (vgl. das öffentlich beratene und zur Publikation bestimmte Urteil 5A\_454/2017 vom 17. Mai 2018 E. 7.1.4) und dem gebührenden Unterhalt (vgl. Botschaft, BBl 2014 556; SCHWENZER/BÜCHLER, *FamKomm Scheidung*, Band I, 3. Aufl. 2017, N. 77 und 85 zu Art. 125 ZGB ; SPYCHER, a.a.O., 2016, S. 33). Es geht bei diesem um die Fortführung des bisherigen Lebensstandards (vgl. BGE 135 III 49 E. 4.1 S. 61; 137 III 102 E. 4.2.1.1 S. 106; 141 III 465 E. 3.1 S. 468 f.) und um den sog. Vorsorgeunterhalt zum Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge (vgl. namentlich BGE 135 III 158 ). Aus diesem Grund war es denn auch sachgerecht, dass der Gesetzgeber - anders als der Vorentwurf es vorsah - Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB nicht gestrichen hat.

### **E. 4.9**

Im Folgenden sind die vorstehend festgehaltenen Grundsätze auf den vorliegenden Fall anzuwenden.

#### **E. 4.9.1**

Das Kantonsgericht hat eine Erwerbsarbeit von 70 % als zumutbar erachtet (vgl. im Einzelnen E. 4.2) und zur konkreten Höhe des Erwerbseinkommens als Tatfrage

festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin mit ihren beiden aktuellen Tätigkeiten von 20 % und 40 %, d.h. insgesamt 60 %, ein Nettoeinkommen von total Fr. 2'480.-- erzielt. Sodann hat es erwogen, dieses sei angesichts der im September 2017 abgeschlossenen Ausbildung zu erhöhen, allerdings nicht auf die vom Beschwerdeführer mit Verweis auf Auszüge der Veröffentlichungen des Bundesamtes für Statistik für eine Vollzeitstelle geforderten Fr. 5'500.--, weil ein solches Erwerbseinkommen im konkreten Fall unrealistisch erscheine und vielmehr am aktuellen Einkommen anzuknüpfen, dieses aber aufgrund der Ausbildung zu erhöhen sei. Insgesamt erscheine bei einem Pensum von 70 % ein Nettolohn von Fr. 3'280.-- realistisch. Ferner hat das Kantonsgericht eigene Unterhaltskosten der Beschwerdegegnerin von Fr. 3'590.-- festgestellt und kam deshalb zum Schluss, dass sie keinen Unterhalt an die in der alleinigen Obhut des Beschwerdeführers stehende Tochter E. \_\_\_\_\_ zu leisten vermöge.

#### **E. 4.9.2**

Gänzlich unsubstanziert bleibt zunächst die Behauptung, wonach das Kantonsgericht die *Offizialmaxime* (gemeint: *Untersuchungsmaxime*) nicht angewandt und eine Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse ergeben hätte, dass die Mutter eine Arbeitstätigkeit von 92 % ausübe. Der Beschwerdeführer legt mit keinem Wort dar, welche Anhaltspunkte für eine höhere tatsächliche Erwerbstätigkeit bestanden haben sollen und welche Abklärungen im Einzelnen zu treffen gewesen wären bzw. welche diesbezüglichen Beweisanträge er gestellt und welche konkreten Beweismittel er angeboten hätte. Auf die Rüge ist somit nicht näher einzugehen.

#### **E. 4.9.3**

Mit dem allgemeinen Vorbringen, der Gleichbehandlungsgrundsatz sei verletzt, indem von ihm trotz umfangreicherer Betreuungstätigkeit (alternierende Obhut betreffend F. \_\_\_\_\_ und zusätzlich Betreuung der anderen Kinder) eine vollzeitige Erwerbstätigkeit verlangt werde, unterstellt der Beschwerdeführer einen falschen Ausgangspunkt. Im angefochtenen Entscheid wurden keine konkreten Forderungen an seinen Erwerbsgrad gestellt; vielmehr ist er seit jeher einem Vollzeiterwerb nachgegangen und er tut dies auch heute. Dieses Faktum bildet den Ausgangspunkt, an welchen aufgrund des Kontinuitätsprinzips zu knüpfen ist, wie das Kantonsgericht zutreffend bemerkt hat. Sodann führt die Tatsache, dass der Beschwerdeführer durchwegs 100 % arbeitete und arbeitet, nicht dazu (auch nicht in Verbindung der Tatsache, dass er überdies Kinderbetreuung erbringt), dass die Diskussion im Sinn von E. 4.7, was für ein Erwerbsgrad der Mutter ab welchem Zeitpunkt zumutbar ist, gegenstandslos würde, indem ihr - unbekümmert um das Faktum, dass sie keiner vollzeitigen Erwerbsarbeit nachgeht - automatisch ebenfalls eine Vollzeitstelle zuzumuten wäre. Vielmehr müsste sich der Beschwerdeführer dazu äussern, inwiefern aus der Perspektive des Kindeswohls eine höhere Erwerbstätigkeit erforderlich ist, etwa weil die finanziellen Verhältnisse insgesamt knapp sind oder andere Gründe dafür sprechen). Indem sich hierzu überhaupt keine Äusserungen finden, bleibt die Beschwerde in Bezug auf die Zumutbarkeit einer Erwerbsarbeit von 100 % unbegründet.

#### **E. 4.9.4**

Was schliesslich die Höhe des Erwerbseinkommens als Tatfrage anbelangt, äussert sich der Beschwerdeführer zu den in E. 4.9.1 wiedergegebenen Feststellungen des Kantonsgerichts nicht; vielmehr beschränkt er sich auf einen erneuten abstrakten Verweis auf das Medianeinkommen für Bürokräfte und Verwaltungsberufe gemäss dem Bundesamt für

Statistik und eine Lohnstatistik von Neuvoo für Logistiker. Das Kantonsgericht hat aber begründet, weshalb im vorliegenden Fall nicht darauf abzustellen sei. Der Beschwerdeführer müsste in Bezug auf die Tatfragen mit substantiierten Rügen eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung aufzeigen (vgl. E. 1) und sich im Übrigen auch hinsichtlich der Rechtsanwendung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzen (vgl. BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f.; 140 III 115 E. 2 S. 116 betreffend Begründungsanforderungen nach Art. 42 Abs. 2 BGG ).

Eine Auseinandersetzung müsste umso mehr erfolgen, als das Kantonsgericht in bundesrechtskonformer Weise vorgegangen ist: Grundsätzlich ist bei der Festsetzung des in Geld geschuldeten Unterhaltsbeitrages nach Art. 285 Abs. 1 ZGB vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen und, soweit dieses nicht ausreicht, ein höheres hypothetisches Einkommen anzurechnen, wenn dieses zumutbar und dessen Erzielung tatsächlich möglich ist ( BGE 137 III 118 E. 2.3 S. 121; 143 III 233 E. 3.2 S. 235). Eine anhand von Lohnstrukturhebungen des Bundesamtes für Statistik oder anderen Quellen erfolgende Bestimmung des hypothetischen Einkommens ist zwar ohne Weiteres eine zulässige Möglichkeit (vgl. BGE 137 III 118 E. 3.2 S. 122; Urteil 5A\_201/2016 vom 22. März 2017 E. 8.1), aber keinesfalls zwingend, namentlich dort nicht, wo ein konkret bestehendes Erwerbseinkommen zum Ausgangspunkt genommen werden kann. Dies hat das Kantonsgericht getan und sodann hat es auch ausgeführt, weshalb im vorliegenden Fall nicht auf Statistiken abzustellen sei; damit setzt sich der Beschwerdeführer wie gesagt nicht auseinander, weshalb die Beschwerde insofern unbegründet bleibt.

#### **E. 4.9.5**

Hat es mithin bei den vom Kantonsgericht festgestellten Tatsachen sein Bewenden, bleibt der Umstand, dass nach den in E. 4.7 aufgestellten Richtlinien von der Beschwerdegegnerin eigentlich eine Erwerbstätigkeit von mindestens 80 % zu erwarten wäre, auf den vorliegenden Fall ohne konkrete Auswirkung und es braucht auch nicht näher betrachtet zu werden, ob sich eine Reduktion auf 70 % allenfalls mit dem vom Kantonsgericht angeführten ADHS-Syndrom von F. \_\_\_\_\_ rechtfertigen liesse: Rechnet man nämlich den Nettolohn von Fr. 3'280.-- für ein Pensum von 70 % auf 80 % hoch, so ergibt sich nur eine minimale Differenz zwischen dem hypothetischen Einkommen und dem vom Kantonsgericht mit Fr. 3'590.-- angegebenen konkreten Eigenbedarf. Diese kleine Differenz muss insofern im der Vorinstanz zustehenden Ermessen ( Art. 4 ZGB ) aufgehen, als die Beschwerdeführerin gemäss dem angefochtenen Entscheid verpflichtet ist, 2/5 der ausserordentlichen Kosten aller Kinder zu tragen. Der Beschwerdeführer müsste sich jedenfalls dazu äussern, inwiefern ihr nach Tragung dieser Kosten und dem eigenen Bedarf immer noch eine Differenz verbleiben soll, was er nicht tut.

#### **E. 5**

Was das Begehren anbelangt, die Parteien seien zu einer hälftigen Tragung (statt Verhältnis von 2/5 zu 3/5) der ausserordentlichen Kinderkosten zu verpflichten, finden sich in der Beschwerdebeurteilung keine konkreten Ausführungen und schon gar nicht eine zahlenmässige Substanziierung. Auf das Begehren ist somit nicht weiter einzugehen.

#### **E. 6**

Güterrechtlich ist nach wie vor die Zuweisung der Küchenmaschine Kenwood strittig.

Das Kantonsgericht hat auf die übereinstimmenden Aussagen verwiesen, wonach der Ehemann diese seiner Ehefrau geschenkt haben soll. Allerdings führte er aus, dass sie das Geschenk abgelehnt habe, was diese bestritt (Verhandlungsprotokoll, S. 5). Gestützt darauf hat es befunden, beide Ehegatten gingen übereinstimmend davon aus, dass die Maschine als Geschenk gedacht gewesen sei. Die Beweispflicht, dass das Geschenk nicht angenommen worden sei, liege beim Ehemann; der Beweis sei nicht erbracht.

Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe im kantonalen Verfahren Zeugen genannt, aber die betreffenden Beweisofferten seien ignoriert und die behauptete Tatsache (fehlende Annahme des Geschenkes) als nicht erwiesen erachtet worden, weshalb sein rechtliches Gehör verletzt sei. Er zeigt indes nicht auf, an welcher Stelle er welche Zeugen angerufen hätte, sondern macht nur in allgemeiner Weise geltend, Zeugen aufgerufen zu haben; es ist indes nicht Sache des Bundesgerichts, nach den konkreten Aktenstellen zu forschen (Urteile 6B\_446/2011 vom 27. Juli 2012 E. 4.3; 5A\_879/2011 vom 9. März 2012 E. 4; 6B\_247/2012 vom 18. September 2012 E. 3.2). Die Verfassungsrüge, für welche die Begründungsanforderungen gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG gelten, bleibt deshalb unsubstanziert (vgl. E. 1).

#### **E. 7**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Angesichts der unzureichenden Rügen konnte der Beschwerde, wie die vorstehenden Erwägungen ausführlich zeigen, von Anfang an kein Erfolg beschieden sein, weshalb es an den materiellen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt ( Art. 64 Abs. 1 BGG ) und das betreffende Gesuch abzuweisen ist. Zuzufolge Abweisung der Beschwerde sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der Gegenpartei ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

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