

# **BGer 5A\_488/2021 vom 4. Februar 2022**

Bundesgericht, 2022-02-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_488\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_488_2021)

FR: TF 5A\_488/2021 du 4 février 2022

IT: TF 5A\_488/2021 del 4 febbraio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist der Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer letzten kantonalen Instanz, die auf Rechtsmittel hin ( Art. 75 BGG ) über die Betreuung und den Unterhalt eines Kindes nicht verheirateter Eltern geurteilt hat. Streitig sind damit sowohl vermögensrechtliche als auch nicht vermögensrechtliche Aspekte, sodass für diese Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) insgesamt kein Streitwerterfordernis gilt ( BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382 mit Hinweis). Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde legitimiert ( Art. 76 Abs. 1 BGG ) und hat sie rechtzeitig erhoben ( Art. 100 Abs. 1 BGG ). Unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen ist auf die Beschwerde nach Art. 72 ff. BGG einzutreten.

### **E. 2.1**

Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet das Recht in diesem Bereich von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ) und prüft mit freier Kognition, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Es befasst sich aber grundsätzlich nur mit formell ausreichend begründeten Einwänden ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) und ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 143 V 19 E. 2.3 mit Hinweis). In der Begründung ist deshalb in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Beschwerde hat auf die Begründung des angefochtenen Entscheids einzugehen und im Einzelnen aufzuzeigen, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Auf eine unzureichend begründete Beschwerde wird nicht eingetreten ( BGE 140 III 115 E. 2 mit Hinweis). Strengere Anforderungen gelten, wenn die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geltend gemacht wird. Das Bundesgericht prüft deren Verletzung nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; Rügeprinzip). Es prüft nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen ( BGE 142 III 364 E. 2.4).

### **E. 2.2**

Beim Entscheid über die Anordnung einer alternierenden Obhut und über andere Kinderbelange ist der Sachrichter, der die Parteien und die weitere Umgebung des Kindes am besten kennt, in vielfacher Hinsicht auf sein Ermessen verwiesen ( BGE 142 III 612 E. 4.5). Ermessensentscheide dieser Art überprüft das Bundesgericht an sich frei; es greift allerdings nur ein, wenn die kantonale Instanz von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, d.h. wenn sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Aufzuheben und zu korrigieren sind ausserdem

Ermessensentscheide, die sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen ( BGE 142 III 617 E. 3.2.5, 612 E. 4.5; 136 III 278 E. 2.2.1; 135 III 121 E. 2; je mit Hinweisen).

### **E. 2.3**

Sodann ist das Bundesgericht an den festgestellten Sachverhalt grundsätzlich gebunden ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kann einzig vorgebracht werden, sie seien offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweis), oder sie würden auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (z.B. Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB ) beruhen. Ausserdem muss in der Beschwerde aufgezeigt werden, inwiefern die Behebung der vorerwähnten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 137 III 226 E. 4.2 mit Hinweis). Es gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 144 V 50 E. 4.1). Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen, während es auf ungenügend substantiierte Rügen und rein appellatorische Kritik am Sachverhalt nicht eintritt ( BGE 141 IV 317 E. 5.4; 140 III 264 E. 2.3; je mit Hinweis).

### **E. 2.4**

Soweit der Beschwerdeführer dem Bundesgericht beantragt, ein weiteres Gutachten zur Frage der Anordnung der alternierenden Obhut in Auftrag zu geben, um in der Folge gestützt darauf neu zu entscheiden, ist der Antrag abzuweisen. Das Bundesgericht nimmt keine Beweise ab und ordnet keine Beweiserhebungen an ( BGE 133 IV 293 E. 3.4.2).

## **E. 3**

Anlass zur Beschwerde gibt zunächst die Frage, ob den Parteien die Obhut über C. \_\_\_\_\_ alternierend zu überlassen ist.

### **E. 3.1**

Vorliegend hat die Vorinstanz die Verweigerung der Anordnung der alternierenden Obhut im Wesentlichen mit der Empfehlung aus dem vom Regionalgericht in Auftrag gegebenen Gutachten vom 21. Mai 2019 begründet, in welchem die Gutachterin empfiehlt, das Kind unter der Obhut der Mutter zu belassen und von einer alternierenden Obhut abzusehen. Das Gutachten sei vollständig, nachvollziehbar und schlüssig und die vom Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren daran geübte Kritik nicht stichhaltig.

### **E. 3.2**

Um über das Schicksal der Kinder zu entscheiden, kann das Gericht ein Gutachten einholen. Wie jedes Beweismittel unterliegt auch ein solches der freien richterlichen Beweiswürdigung (Urteile 5A\_373/2018 vom 8. April 2019 E. 3.2.6; 5A\_223/2009 vom 30. April 2009 E. 2). Allerdings darf ein Gericht in Fachfragen nur aus triftigen Gründen von einem Gutachten abweichen und muss Abweichungen begründen. Es hat zu prüfen, ob sich aufgrund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheint ihm die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten als zweifelhaft, hat das Gericht nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben ( BGE 138 III 193 E. 4.3.1; 136 II 539 E. 3.2; 133 II 384 E. 4.2.3). Das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen ( BGE 144 III 264 E.

6.2.3 mit Hinweis; Urteile 5A\_629/2019 vom 13. November 2020 E. 7.1; 5A\_381/2020 vom 1. September 2020 E. 4.1; 5A\_322/2014 vom 14. Juli 2014 E. 2; 5A\_170/2009 vom 10. Juni 2009 E. 2.2.1).

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe verkannt, dass die alternierende Obhut die Regel darstelle, von welcher nur abgewichen werden dürfe, wenn konkrete Gründe dagegen sprächen. Die Vorinstanz lasse ausser Acht, dass die Erziehungsfähigkeit beider Eltern im Gutachten grundsätzlich bejaht worden sei. Es würden im Gutachten keine Gründe genannt, welche gegen die Anordnung der alternierenden Obhut sprächen. Überdies sei die Fragestellung an die Gutachterin nicht korrekt ausformuliert worden. Die Fragestellung hätte lauten müssen, ob es einen konkreten und triftigen Grund gibt, von der Anordnung der alternierenden Obhut abzuweichen. Da das Gutachten diese Frage nicht beantworte und die Vorinstanz keine Ergänzung des Gutachtens in Auftrag gegeben habe, sei der Sachverhalt durch die Vorinstanz willkürlich erstellt worden.

### **E. 3.4**

Die Rüge geht fehl. Der Entscheid über eine alternierende Obhut ist mit Blick auf alle Umstände des Einzelfalles zu treffen (dazu BGE 142 III 612 E. 4.2 und 4.3; 142 III 617 E. 3.2.3; HAUSHEER/GEISER/ AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl. 2018, N. 17.113). Leitprinzip ist dabei das Kindeswohl; die Interessen und Wünsche der Eltern (für oder gegen eine alternierende Obhut) haben in den Hintergrund zu treten (Urteile 5A\_164/2019 vom 20. Mai 2020, nicht publ. in: BGE 146 III 203 ; 5A\_794/2017 vom 7. Februar 2018 E. 3.1; LEUENBERGER, Alternierende Obhut auf einseitigen Antrag, in: FamPra.ch 2019 S. 1102 f.). Dass die Erstinstanz die an die Gutachterin gestellten Fragen neutral und allgemein formuliert hat, ist nicht zu beanstanden.

Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, setzt sich das Gutachten von Dr. phil. E. \_\_\_\_\_, Psychologin und Psychotherapeutin FSP, mit sämtlichen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu prüfenden Kriterien für die Erstellung einer Prognose darüber, ob die alternierende Obhut als Betreuungslösung dem Wohl des Kindes entspricht, auseinander. Die Gutachterin wusste aufgrund des erteilten Auftrags somit genau, was sie untersuchen muss. Widersprüche sind keine ersichtlich. Der Beschwerdeführer geht vor Bundesgericht auf den Inhalt des Gutachtens gar nicht mehr näher ein. Namentlich ignoriert der Beschwerdeführer die im angefochtenen Entscheid erwähnten, für ihn ungünstigen Schlussfolgerungen der Gutachterin (er verhalte sich pädagogisch unsorgfältig und stelle seine Bedürfnisse über diejenigen der Tochter). Ebenso übergeht er, dass die Vorinstanz gestützt auf das Ergebnis der gutachterlichen Untersuchung festgestellt hat, dass die Kindsmutter fraglos die primäre Bezugsperson des Kindes darstellt und es einem stabilen und autonomen Wunsch des Kindes entspricht, wie bislang bei seiner Mutter wohnen zu bleiben und nicht mehr Zeit in der Obhut des Beschwerdeführers zu verbringen, als bisher gelebt. Dass es auch Kriterien gibt, die für eine alternierende Obhut sprechen, ist unbestritten. Gleichwohl geht aus dem Gutachten deutlich hervor, aus welchen Gründen eine alternierende Obhut bzw. eine Erhöhung der Betreuungszeit des Beschwerdeführers nicht als im Interesse des Kindes betrachtet und eine Obhutzuteilung an die Mutter als vorzugswürdig erachtet wird. Nach dem Gesagten vermag der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Beweiswürdigung bzw. den vorinstanzlichen Verzicht auf weitere Beweiserhebungen mit seinen Vorbringen nicht als

willkürlich auszuweisen.

#### **E. 4.1**

Mit Bezug auf die Regelung der Betreuungsanteile macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz sei ohne sachlichen Grund von der Empfehlung im Gutachten abgewichen. Selbst das von ihm beanstandete Gutachten schlage einen Umfang der Betreuungszeit vor, welcher die Anordnung der alternierenden Obhut bereits rechtfertige. Erachte man das Gutachten nicht als mangelhaft und gehe man mit der Vorinstanz davon aus, dass das Gutachten schlüssig, nachvollziehbar und vollständig sei, hätte die Vorinstanz den Empfehlungen der Gutachterin in jeder Hinsicht folgen müssen. Der angefochtene Entscheid erweise sich insoweit als widersprüchlich. Weshalb die Vorinstanzen von der Empfehlung der Gutachterin abgewichen seien, ihm auch unter der Woche an einem Tag ein Recht auf persönlichen Verkehr einzuräumen, sei nicht begründet worden.

#### **E. 4.2**

Vorliegend hat die Gutachterin auf die Frage, wie die Betreuung des Kindes bzw. das Kontaktrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils geregelt werden soll, geantwortet, es werde beliebt gemacht, das aktuell praktizierte Betreuungsmuster (Dienstagmittag bis Mittwoch vor Schulbeginn und jeden zweiten Samstag bis Sonntag) solange beizubehalten, wie C. \_\_\_\_\_ noch zwei Nachmittage unter der Woche keinen Schulunterricht hat. Ab dem Schuljahr, in welchem C. \_\_\_\_\_ nur noch einen Nachmittag unter der Woche schulfrei hat, sollen gemäss Gutachten die Vater-Kind-Kontakte ausschliesslich auf das Wochenende verlegt werden, d.h. zwei Wochenenden im Monat entweder von Freitagabend bis Sonntagabend oder Samstagmorgen bis Montagmorgen. Mit der gewählten Formulierung ("es wird beliebt gemacht") hat die Gutachterin deutlich gemacht, dass die empfohlene Ausgestaltung des Kontaktrechts nur einen praktikablen Vorschlag darstellt, der dem Gericht zwar Leitlinien bieten soll, aber nicht alternativlos ist.

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanzen haben diese Empfehlungen im Grossen und Ganzen beachtet. Die gegenteilige Darstellung des Beschwerdeführers, die Vorinstanzen hätten sich der gutachterlichen Empfehlung "widersetzt", ist bereits deshalb zu relativieren, weil die gerichtliche Regelung ab dem Schuljahr, in welchem C. \_\_\_\_\_ nur noch einen Nachmittag unter der Woche schulfrei hat, dem gutachterlichen Vorschlag vollumfänglich entspricht. Für die Schuljahre, in welchen C. \_\_\_\_\_ noch zwei Nachmittage unter der Woche schulfrei hat, hat der Beschwerdeführer sodann auch nach der gerichtlichen Regelung die Möglichkeit, das Kind unter der Woche an einem Nachmittag zu betreuen. Die im Gutachten vorgeschlagene anschliessende Übernachtung soll zwar nach der gerichtlichen Regelung nicht stattfinden, dafür aber das Wochenendbesuchsrecht bereits am Freitagabend (statt wie im Gutachten vorgeschlagen am Samstag) beginnen. Eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung oder eine Verletzung der Begründungspflicht (zur Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs vgl. BGE 139 IV 179 E. 2.2; 141 III 28 E. 3.2.4; 141 IV 249 E. 1.3.1) ist in diesem Zusammenhang nicht erkennbar. Bereits das Regionalgericht hat erwogen, dass C. \_\_\_\_\_ darauf angewiesen sei, in ihrem Umfeld Kontinuität und Stabilität zu erleben, was häufigen Wechseln zwischen den Elternteilen grundsätzlich entgegenstehe. Damit wurde ein sachlicher Grund dafür genannt, weshalb einer Bündelung der Übernachtungen am Wochenende gegenüber einer zusätzlichen isolierten Übernachtung unter der Woche der Vorzug gegeben wurde. Ausserdem blieb die

Kürzung der Betreuungszeit angesichts der gleichzeitigen Ausweitung des Wochenendbesuchsrechts überschaubar. Im Übrigen hat die Vorinstanz zu Recht daran erinnert, dass die gerichtliche Besuchsregelung lediglich als Regelung für den Konfliktfall gilt und sich die Eltern in erster Linie direkt über die Besuchszeiten verständigen und daher einvernehmlich eine andere Regelung leben können (BÜCHLER, in: FamKomm Scheidung, 3. Aufl. 2017, N. 26 zu Art. 273 ZGB ).

#### **E. 4.4**

Das von den Vorinstanzen vorgesehene 3-wöchige Ferienrecht entspricht der Empfehlung im Gutachten. Der Antrag, es sei dem Beschwerdeführer zu ermöglichen, 4 Wochen Ferien mit C. \_\_\_\_\_ zu verbringen, wird in der bundesgerichtlichen Beschwerde nicht begründet, weshalb nicht darauf eingetreten werden kann (vgl. vorne E. 2.1).

#### **E. 5.1**

Mit Bezug auf den Unterhalt hat die Vorinstanz festgehalten, dass der Beschwerdeführer eine Einkommenseinbusse erlitten hat, die im Wesentlichen auf einen Wechsel in die Selbständigkeit (Landwirt) und auf die Kündigung einer nebenerwerblichen Tätigkeit zurückzuführen ist. Der Beschwerdeführer habe sich mit der ausführlichen Begründung der Erstinstanz, warum er seinen Nebenerwerb als Biokontrolleur aufgrund der zusätzlichen Betreuung von C. \_\_\_\_\_ während eines Werktags pro Woche nicht hätte aufgeben müssen, nicht auseinandergesetzt und nicht aufgezeigt, inwieweit die Erstinstanz mit der Verneinung eines Abänderungsgrunds im Sinne von Art. 286 Abs. 2 ZGB die bundesgerichtlichen Grundsätze zur selbst herbeigeführten Einkommensreduktion und zur Zumutbarkeit von Nebenbeschäftigungen falsch angewendet hätte. Er habe es ferner unterlassen, darzutun, warum ihm angesichts seines Alters, seiner Ausbildung, seiner beruflichen Erfahrung und der Arbeitsmarktlage nicht möglich und zumutbar wäre, höhere Einkünfte als Fr. 3'500.-- zu erzielen.

#### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer behauptet diesbezüglich einzig, die Vorinstanz habe vollkommen ausser Acht gelassen, dass er C. \_\_\_\_\_ seit Abschluss der ursprünglichen Unterhaltsvereinbarung vom 4. November 2013 erheblich mehr betreue. Dass bereits die Erstinstanz in der zusätzlichen Betreuung während eines Werktags kein Hindernis für die Nebenerwerbstätigkeit als Biokontrolleur erblickt hat und die Vorinstanz die Berufung in diesem Punkt als mangelhaft begründet erachtet hat, übergeht er. Damit vermag er den Begründungsanforderungen im bundesgerichtlichen Verfahren (vgl. vorne E. 2.1) nicht zu genügen, weshalb auch insoweit nicht auf die Beschwerde einzutreten ist.

#### **E. 6**

Aus den dargelegten Gründen muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer für die Gerichtskosten aufzukommen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung sind gegeben. Das entsprechende Gesuch des Beschwerdeführers ist gutzuheissen und es ist ihm Rechtsanwalt Martin Schreier beizuordnen ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ). Die Gerichtskosten werden vorläufig auf die Gerichtskasse genommen und Rechtsanwalt Martin Schreier ist daraus angemessen zu entschädigen. Der Beschwerdeführer wird jedoch ausdrücklich auf Art. 64 Abs. 4 BGG aufmerksam gemacht, wonach die begünstigte Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn sie später dazu in der Lage ist. Der Gegenpartei ist kein

entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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