

# **BGer 5A\_569/2020 vom 15. Dezember 2020**

Bundesgericht, 2020-12-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_569\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_569_2020)

FR: TF 5A\_569/2020 du 15 décembre 2020

IT: TF 5A\_569/2020 del 15 dicembre 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist der Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf Rechtsmittel hin entschieden hat ( Art. 75 BGG ). Der Streit dreht sich um Eheschutzmassnahmen ( Art. 172 ff. ZGB ), mithin um eine Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ). Da sowohl vermögensrechtliche als auch nicht vermögensrechtliche Punkte umstritten sind, gilt insgesamt kein Streitwerterfordernis ( BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382 ). Die Beschwerdeführerin ist grundsätzlich zur Beschwerde legitimiert ( Art. 76 Abs. 1 BGG ) und hat diese rechtzeitig erhoben ( Art. 100 Abs. 1 BGG ). Auf die Beschwerde nach Art. 72 ff. BGG ist daher unter Vorbehalt der folgenden Erwägungen einzutreten.

### **E. 2.1**

Eheschutzentscheide gelten als Entscheide über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG ( BGE 133 III 393 E. 5 S. 396 f. ). Daher kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Auch die Anwendung von Bundesgesetzen prüft das Bundesgericht im Rahmen von Art. 98 BGG nur auf die Verletzung des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) hin (vgl. Urteil 5A\_857/2016 vom 8. November 2017 E. 2, nicht publ. in: BGE 143 III 617 ). In Verfahren nach Art. 98 BGG kommt zudem eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen nur in Frage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat ( BGE 133 III 585 E. 4.1 S. 588 f. mit Hinweisen ). Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten prüft das Bundesgericht 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 S. 368 ).

Wer sich auf eine Verletzung des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) berufen will, kann sich demnach nicht darauf beschränken, die Sach- oder Rechtslage aus seiner Sicht darzulegen und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen. Vielmehr ist anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen darzutun, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 117 Ia 10 E. 4b S. 11 f. ). Willkür liegt zudem nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheids, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist ( BGE 143 I 321 E. 6.1 S. 324 ; 141 I 49 E. 3.4 S. 53 ; 134 I 140 E. 5.4 S. 148 ). Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, begründet keine Willkür ( BGE 145 II 32 E. 5.1 S. 41 ; 137 I 1 E. 2.4 S. 5 ; 129 I 173 E. 3.1 S. 178; je mit Hinweisen ).

### **E. 2.2**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99

Abs. 1 BGG ). Soweit sie nach Erlass des angefochtenen Entscheids entstanden sind, sind sie als echte Noven von vornherein unzulässig ( BGE 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123 mit Hinweis). In der Beschwerde ist darzutun, inwiefern die Voraussetzungen für das Geltendmachen neuer Tatsachen und das Einreichen neuer Beweismitteln erfüllt sein sollen ( BGE 133 III 393 E. 3 S. 395). Dafür genügt es nicht, dass das Obergericht anders als das Bezirksgericht entschieden hat ( BGE 143 V 19 E. 1.2 S. 23).

Das angefochtene Urteil datiert vom 28. Mai 2020. Die meisten der mit der Beschwerde eingereichten Unterlagen tragen ein späteres Datum. Als echte Noven können sie nach dem Gesagten im vorliegenden Beschwerdeverfahren zum vornherein nicht berücksichtigt werden. Was die weiteren Beilagen betrifft, bleibt unklar, inwieweit diese bereits der Vorinstanz vorgelegen haben und deshalb im hiesigen Verfahren grundsätzlich berücksichtigt werden könnten. So oder anders tut die Beschwerdeführerin aber nicht dar, weshalb erst das angefochtene Urteil der Anlass sein sollte, diese Beweismittel ins Verfahren einzuführen. Das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren dient ausschliesslich der Rechtskontrolle und erlaubt es einer Partei nicht, prozessuale Versäumnisse zu korrigieren.

### **E. 3.1**

Umstritten ist, ob die Vorinstanz im vorliegenden Fall die alternierende Obhut anordnen durfte. In rechtlicher Hinsicht gilt dabei Folgendes: Bei gemeinsamer elterlicher Sorge prüft das Gericht im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer alternierenden Obhut, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt ( Art. 298 Abs. 2ter ZGB ; s. dazu Urteil 5A\_794/2017 vom 7. Februar 2018 E. 3.1). Wie die Obhut im konkreten Fall zu regeln ist, hat das Gericht unabhängig von den Wünschen der Eltern und losgelöst von einer diesbezüglichen Übereinkunft nach Massgabe des Kindeswohls zu beurteilen (zit. Urteil 5A\_794/2017 a.a.O.). Denn nach der Rechtsprechung gilt das Kindeswohl als oberste Maxime des Kindesrechts ( BGE 141 III 328 E. 5.4 S. 340 mit Hinweis). Es ist für die Regelung des Eltern-Kind-Verhältnisses immer der entscheidende Faktor. Die Interessen und Wünsche der Eltern haben in den Hintergrund zu treten ( BGE 131 III 209 E. 5.5 S. 212).

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 der Richter gestützt auf festgestellte Tatsachen der Gegenwart und der Vergangenheit eine sachverhaltsbasierte Prognose darüber zu stellen hat, ob die alternierende Obhut als Betreuungslösung aller Voraussicht dem Wohl des Kindes entspricht ( BGE 142 III 612 E. 4.2 S. 615 mit Hinweisen). 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 ( BGE 142 III 612 E. 4.3 S. 615 f.).

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 (vgl. Urteile 5A\_46/2015 vom 26. Mai 2015 E. 4.4.2 und 4.4.5; 5A\_345/2014 vom 4. August 2014 E. 4.2). Auch dem Wunsch des Kindes ist Beachtung zu schenken, selbst wenn es bezüglich der Frage der Betreuungsregelung (noch) nicht urteilsfähig ist. Der Richter, der den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht ( Art. 296 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 314 Abs. 1 i. V.m. Art. 446 ZGB ), wird im konkreten Fall entscheiden müssen, ob und gegebenenfalls in welcher Hinsicht Hilfe von Sachverständigen erforderlich ist, um die Aussagen des Kindes zu interpretieren, insbesondere um erkennen zu können, ob diese seinem wirklichen Wunsch entsprechen. Während die alternierende Obhut in jedem Fall die Erziehungsfähigkeit beider Eltern voraussetzt, sind die weiteren Beurteilungskriterien oft voneinander abhängig und je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls von unterschiedlicher Bedeutung. So spielen das Kriterium der Stabilität und dasjenige der Möglichkeit zur persönlichen Betreuung des Kindes bei Säuglingen und Kleinkindern eine wichtige Rolle. Geht es hingegen um Jugendliche, kommt der Zugehörigkeit zu einem sozialen Umfeld grosse Bedeutung zu. Die Kooperationsfähigkeit der Eltern wiederum verdient besondere Beachtung, wenn das Kind schulpflichtig ist oder die geografische Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern ein Mehr an Organisation erfordert ( BGE 142 III 612 E. 4.3 S. 616).

### **E. 3.2**

Für die Vorinstanz sind die Voraussetzungen für die Anordnung der alternierenden Obhut gegeben. Beide Parteien seien erziehungsfähig und ihre Wohnorte liessen geografisch eine alternierende Obhut zu. Inwiefern die Stabilität der Verhältnisse bei einer weitergehenden Betreuungszeit des Beschwerdegegners gefährdet sein könnte, ist dem angefochtenen Entscheid zufolge nicht ersichtlich. Zwar treffe es zu, dass die Kinder sich an die Betreuung durch das Au-pair-Mädchen gewöhnt hätten und sie mit diesem ein inniges Verhältnis pflegten. Die persönliche Betreuung durch einen Elternteil sei aber der Fremdbetreuung vorzuziehen. Weiter räumt die Vorinstanz ein, dass die Beziehung der Parteien sicherlich nicht einfach sei. Dennoch seien deren Kommunikations- und Kooperationsschwierigkeiten sowie deren unterschiedliche Standpunkte in Bezug auf die von den Kindern zu besuchenden Schule nicht derart gravierend, dass bei Anordnung einer alternierenden Obhut eine (künftige) Kindeswohlgefährdung anzunehmen wäre. Im Weiteren berücksichtigt die Vorinstanz den Wunsch des Sohnes, den Vater öfter zu sehen. Auch dass die Kinder das Französische als bevorzugte Sprache angeben, das Haus der Mutter als ihr Zuhause bezeichnen und bei der Mutter in einem Haus mit Garten leben können, während der Vater im siebten Stock eines Wohnblocks wohnt, rechtfertige keine alleinige Obhut.

### **E. 3.3**

In ihrer weitschweifigen Beschwerde hält die Beschwerdeführerin zusammengefasst an ihrer Meinung fest, wonach das Interesse des Beschwerdeführers an den Kindern "äusserst beschränkt" sei und er die alternierende Obhut nur deshalb anstrebe, um weniger Unterhalt zahlen zu müssen. Der Beschwerdeführer wisse nicht, wie die Kinder zu beschäftigen sind. Er sei auch nicht bereit, die Kinder zu Treffen bzw. Anlässen mit anderen Kindern zu bringen, und er lasse den Sohn in der Wohnung nicht Trompete üben. Er habe seine Erziehungspflichten verletzt, indem der Sohn zumindest einmal Zugang zu pornografischem Material auf dem PC des Beschwerdeführers hatte. Die Vorinstanz bagatellisiere die Defizite des Beschwerdeführers. Zu Unrecht werfe die Vorinstanz ihr auch vor, das Alkoholproblem des Beschwerdeführers nicht genügend substantiiert zu haben.

Weiter bemängelt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz einen Bericht vom 3. April 2018 ausser Acht lasse, den das Regionalgericht Berner Jura-Seeland in Auftrag gab. Darin werde festgestellt, dass die Mutter bereits seit längerer Zeit den grösseren Teil der Betreuung der Kinder übernommen und sich auch mehrheitlich um deren Freizeitgestaltung gekümmert habe, weshalb empfohlen werde, ihr die faktische Obhut zu überlassen. Die Vorinstanz ignoriere zudem die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Eigen- und die Fremdbetreuung gleichwertig seien. Die Kinder könnten bei der Mutter in einem Haus mit Garten leben und seien beim Au-pair-Mädchen gut aufgehoben. Auch seien die Parteien gar nicht kooperations- und kommunikationsfähig, was sich nicht nur bei der Frage des Schulbesuchs zeige. Weiter seien die Kinder nicht in der Lage, den Weg von der Wohnung der einen Partei zur Wohnung der andern Partei ohne Begleitung zu bewältigen.

Schliesslich beklagt sich die Beschwerdeführerin darüber, dass die Vorinstanz auch den Willen der Kinder nicht genügend abgeklärt habe und dadurch Art. 296 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 12 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107) verletze. Das Obergericht interpretiere das Protokoll der Kindesanhörung völlig anders als die erste Instanz. Die angeordnete Betreuungs- und Ferienregelung entspreche nicht dem Wunsch bzw. dem Willen der Kinder. Die Vorinstanz habe es unterlassen, die Kinder nochmals anzuhören.

#### **E. 3.4**

Von vornherein zum Scheitern verurteilt ist der Vorwurf, dass das Obergericht auf eine (nochmalige) Kindesanhörung verzichtet habe. Soweit die Beschwerdeführerin argumentiert, dass die Vorinstanz aufgrund des Offizial- und Untersuchungsgrundsatzes ( Art. 296 ZPO ) die Wünsche der Kinder entweder mit der Einsetzung einer Kindesvertretung oder mit einer erneuten Anhörung hätte berücksichtigen müssen, nennt sie kein verfassungsmässiges Recht, das wegen dieser angeblichen Versäumnisse verletzt wäre. Insbesondere macht sie auch nicht geltend, dass das Obergericht den Sachverhalt deswegen unvollständig und damit willkürlich festgestellt habe (vgl. Urteil 5A\_574/2012 vom 17. Dezember 2012 E. 2.2). Was die angebliche Verletzung von Art. 12 KRK angeht, übersieht die Beschwerdeführerin, dass diese Norm nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein selbständiges verfassungsmässiges Recht darstellt (Urteile 5A\_115/2015 vom 1. September 2015 E. 4.3; 5A\_746/2014 vom 30. April 2015 E. 4). Nicht einzutreten ist schliesslich auf die Rüge, der Anspruch der Kinder auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) sei verletzt. Die Kinder sind im vorliegenden Verfahren nicht Parteien und die Eltern können die persönliche Anhörung ihrer Kinder nur als Beweismittel anrufen (s. Urteil 5A\_796/2019 vom 18. März 2020 E. 4.2 mit Hinweis). Im Übrigen ist die

Beschwerdeführerin daran zu erinnern, dass die Kindesanhörung nicht den Zweck verfolgt, die Verantwortung für die Betreuungsregelung minderjährigen Kindern von sieben und zehn Jahren zu übertragen. Dies scheint die Beschwerdeführerin zu übersehen, wenn sie geltend macht, dass die Kinder nicht zur schliesslich verfügten Betreuungsregelung befragt worden sind.

Auch sonst vermag die Beschwerdeführerin den angefochtenen Entscheid nicht als verfassungswidrig umzustossen. Dafür genügt es nicht, wenn die Beschwerdeführerin den Sachverhalt aus ihrer Sicht schildert und der Vorinstanz wiederholt Ermessensmissbrauch vorwirft. Ermessensmissbrauch ist nicht mit Willkür ( Art. 9 BV ) gleichzustellen, und nur darauf kommt es in einem Verfahren an, auf das Art. 98 BGG Anwendung findet. Im Übrigen hat die Vorinstanz die Defizite der Parteien und damit auch jene des Beschwerdegegners nicht ignoriert, diese aber auch nicht als derart gravierend eingestuft, dass deswegen eine alternierende Obhut scheitern müsste. Dass sich die Vorinstanz auch gegen die alternierende Obhut hätte aussprechen können, wie dies das Bezirksgericht tat und dies im Rahmen eines anderen Verfahrens im Kanton Bern empfohlen worden war, bedeutet nicht, dass die Vorinstanz einen willkürlichen Entscheid gefällt hat (E. 2.1). Dies gilt in gleicher Weise auch für die von der Beschwerdeführerin beanstandete paritätische Ferienregelung. Dass der Beschwerdegegner in der Vergangenheit weniger Ferien mit der Familie und den Kindern verbrachte, vermag den angefochtenen Entscheid nicht als willkürlich auszuweisen.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin beanstandet auch die Unterhaltsregelung. Der Beschwerdebegündung lässt sich allerdings nicht entnehmen, dass sie dies auch für den nun eingetretenen Fall tut, dass es bei der von der Vorinstanz verfügten alternierenden Obhut bleibt. Weiterungen zur Unterhaltsregelung erübrigen sich daher.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist damit abzuweisen, soweit unter dem Blickwinkel von Art. 106 Abs. 2 BGG überhaupt darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Eine Entschädigung des Beschwerdegegners entfällt, nachdem dieser in der Sache nicht zur Stellungnahme eingeladen wurde und er erfolglos die Abweisung des Gesuchs der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung beantragte ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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