

# BGer 5A 822/2023 vom 22. April 2024

Bundesgericht, 2024-04-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_822\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_822_2023)

FR: TF 5A 822/2023 du 22 avril 2024

IT: TF 5A 822/2023 del 22 aprile 2024

## Regeste

Vorsorgliche Massnahmen (Ehescheidung) | Familienrecht

## Erwägungen

### E. 1

Angefochten ist der Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf Rechtsmittel hin ( Art. 75 BGG ) für die Dauer eines Scheidungsverfahrens über die Betreuung des Kindes (vgl. auch hinten E. 3.1) entschieden hat ( Art. 276 Abs. 1 ZPO ; BGE 134 III 426 E. 2.2). Hierbei handelt es sich um eine Zivilsache nach Art. 72 Abs. 1 BGG ohne Streitwert (Urteil 5A\_430/2023 vom 16. Februar 2024 E. 1.1). Die Beschwerde in Zivilsachen ist das zutreffende Rechtsmittel. Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde berechtigt ( Art. 76 Abs. 1 BGG ), die er auch fristgerecht eingereicht hat ( Art. 100 Abs. 1 und Art. 45 Abs. 1 BGG ). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen einzutreten.

### E. 2

Massnahmenentscheide, die gestützt auf Art. 276 ZPO ergehen, unterstehen Art. 98 BGG (Urteil 5A\_430/2023 vom 16. Februar 2024 E. 2.1; vgl. BGE 133 III 393 E. 5.1). Daher kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (vgl. BGE 149 III 81 E. 1.3), was auch im Zusammenhang mit der Anwendung von Bundesrecht gilt. Eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen kommt ebenfalls nur in Frage, wenn die kantonale Instanz solche Rechte verletzt hat ( BGE 133 III 585 E. 4.1). Für die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG . Das Bundesgericht prüft daher nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen. Die rechtsuchende Partei muss präzise angeben, welches verfassungsmässige Recht durch den angefochtenen Entscheid verletzt wurde, und im Einzelnen darlegen, worin die Verletzung besteht. Dies setzt voraus, dass sich die Beschwerde mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzt ( BGE 146 I 62 E. 3 ; 145 I 121 E. 2.1). Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein ( BGE 140 III 264 E. 2.3).

### E. 3.1

Wie bereits im Verfahren vor Obergericht geben die Regelung der Obhut (im Sinne der täglichen Betreuung; vgl. BGE 142 III 612 E. 4.1) über die Tochter sowie der Betreuungsanteil des Vaters Anlass zur Beschwerde. Der Beschwerdeführer strebt eine alternierende Obhut an (vgl. vorne Bst. C). Dieser rügt vorab eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) und macht eine willkürliche Rechtsanwendung sowie eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts ( Art. 9 BV ; vgl.

dazu BGE 144 I 113 E. 7.1; 144 II 281 E. 3.6.2) geltend, weil die Vorinstanz fälschlich vom Vorliegen eines Abänderungsverfahrens ausgegangen sei (Abänderung von Eheschutzmassnahmen) und daher weder die Voraussetzungen der (erstmaligen) Zuteilung der Obhut geprüft noch seine hierzu vorgetragenen Argumente beachtet habe.

### **E. 3.2**

Für das Obergericht war beim Entscheid über die (alternierende) Obhut namentlich ausschlaggebend, ob die Ehegatten fähig und bereit sind, in Kinderbelangen laufend miteinander zu kommunizieren und im Hinblick auf die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zu kooperieren. Dazu erwog es, die Frage der Obhut habe sich bereits im Eheschutzverfahren gestellt. Die Rechtsmittelinstanz habe dort festgehalten, die Ehegatten seien in erheblichem Masse zerstritten und würden zu den Kinderbelangen divergierende Ansichten vertreten. Wie dort gehe es auch im vorliegenden Massnahmeverfahren um eine vorsorgliche Konfliktregelung ohne Präjudiz für das Scheidungsverfahren. Die Umstände hätten sich seit dem damaligen (Rechtsmittel-) Entscheid nicht in einer Art und Weise verändert, die eine Anpassung der früher getroffenen Regelung notwendig machen würde.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz spricht zwar davon, eine "Anpassung" der vorsorglich für die Dauer des zwischenzeitlich abgeschriebenen Eheschutzverfahrens getroffenen Regelung sei nicht notwendig. Trotz dieser wenig glücklichen Formulierung ergibt sich aus dem angefochtenen Entscheid aber mit hinreichender Klarheit, dass das Obergericht im Scheidungsverfahren neu (und insoweit "erstmalig") über die vorsorgliche Zuteilung der Obhut entschieden und lediglich in seiner Argumentation auf das im Eheschutzverfahren ergangene Urteil abgestellt hat. Die Beschwerde erweist sich hinsichtlich der Vorbringen zum Abänderungsverfahren daher als unbegründet. Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht sodann nicht vor, es habe durch das Abstellen auf das Eheschutzurteil die Verfassung verletzt. Auch trägt er nicht hinreichend genau vor, inwiefern sich die Vorinstanz mit einzelnen in der Berufung erhobenen Vorbringen nicht auseinandergesetzt haben soll. Der Hinweis, das Obergericht habe den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil es seinen Standpunkt nur zusammengefasst, ihn aber nicht behandelt habe, bleibt zu unbestimmt (vorne E. 2; vgl. auch Urteil 5A\_85/2021 vom 26. März 2021 E. 6.2).

### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer erachtet die Feststellung als falsch und willkürlich ( Art. 9 BV ), es sei unbestritten, dass die Ehegatten bezüglich der Kinderbelange in erheblichem Mass zerstritten seien und divergierende Ansichten vertreten würden. In der Berufung habe er dargelegt, dass die Kommunikation der Eltern über die Betreuungsanteile seit jeher funktioniert habe und sie trotz der Eheprobleme immer fähig gewesen seien, eine einvernehmliche Lösung betreffend die Tochter zu finden und bezüglich der notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zu kooperieren. Die Eltern hätten denn auch nach der Trennung die Tochter ohne Probleme gemeinsam betreut. Mit diesem Vorbringen habe das Obergericht sich zudem nicht auseinandergesetzt, was eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) darstelle.

### **E. 4.2**

Die Rüge der Willkür geht bereits deshalb an der Sache vorbei, weil das Obergericht an der vom Beschwerdeführer beanstandeten Stelle (angefochtenes Urteil, E. 5.1.2 S. 7) einzig den Standpunkt der Rechtsmittelinstanz im Eheschutzverfahren zusammenfasst und keine

eigene Sachverhaltsfeststellung trifft. Zwar übernimmt das Obergericht diese Darstellung in der Folge, indes nicht ohne anzumerken, dass die vom Beschwerdeführer hiergegen vorgetragene Argumente nicht überzeugen. Im Einzelnen führt es dazu aus, das Vorbringen, es sei zwischen der Kommunikation der Eltern in Bezug auf die Tochter und jener der Eltern untereinander zu unterscheiden, wobei erstere noch funktioniere, letztere aber nicht mehr, werde durch eine Aussage des Beschwerdeführers selbst an der Verhandlung vom 7. Juni 2023 entkräftet. Er habe zu Protokoll gegeben, die Kommunikation in Bezug auf die Tochter sei "nicht wirklich gut". Damit bestätigt sich auch der Vorwurf der Gehörsverletzung zufolge Nichtberücksichtigung des entsprechenden Vorbringens nicht.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer hält freilich auch diese Würdigung der Vorinstanz für willkürlich. Mit seinem Vorbringen, die fragliche Aussage werde von keiner Seite als Ausdruck der Feindseligkeit im Verhältnis der Eltern untereinander gesehen und in Tat und Wahrheit funktioniere die Kommunikation bezüglich der Kinderbelange sehr gut, vermag er indes keine Willkür aufzuzeigen: Der Umstand allein, dass die vom Gericht gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung übereinstimmen, belegt noch keine Willkür ( BGE 140 III 264 E. 2.3). Ohnehin genügt es für die Darlegung von Willkür nicht, die Sachlage aus der eigenen Sicht zu schildern und den abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen ( BGE 136 I 49 E. 1.4.1; 134 II 244 E. 2.2). Welche Ausführungen die Vorinstanz in diesem Zusammenhang schliesslich nicht gewürdigt und dadurch den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt haben soll, legt der Beschwerdeführer nicht dar.

#### **E. 5.1**

Das Obergericht hat zur Begründung seines Entscheids nicht nur auf den Rechtsmittelentscheid im Eheschutzverfahren abgestellt (vgl. soeben E. 3 und 4), sondern zusätzlich eigene Überlegungen angestellt. Insoweit wirft der Beschwerdeführer ihm im Zusammenhang mit der Berücksichtigung des Kindeswillens eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) vor. In der Berufung habe er dargelegt, dass die Tochter bei der Anhörung erst zehn Jahre alt und noch nicht zu autonomer Willensbildung fähig gewesen sei. Das Kind sei denn auch von der Mutter beeinflusst worden. Nach der Rechtsprechung dürfe der Kindeswille erst dann in den Entscheid einfließen, wenn dieses urteilsfähig sei. Das Obergericht habe Alter, Urteilsfähigkeit und Beeinflussung der Tochter unberücksichtigt gelassen und sei auf diese Rügen nicht eingegangen.

#### **E. 5.2**

Dieses Vorbringen ist unbegründet: Das Obergericht hat sich in E. 5.2 seines Entscheids mit dem Einwand des Beschwerdeführers befasst, das Erstgericht habe zu Unrecht (ausschliesslich) auf die Ausführungen der Tochter abgestellt, die bezüglich der Frage der Obhutszuteilung nicht urteilsfähig sei. Es hielt ihm entgegen, das Richteramt habe sich auch durch andere Gesichtspunkte als die Aussage der Tochter leiten lassen, namentlich den persönlichen Eindruck von der Tochter, die divergierenden Aussagen der Eltern und den schwelenden Elternkonflikt. Zudem sei dem klar geäusserten Willen des Kindes auch dann Rechnung zu tragen, wenn es noch nicht urteilsfähig sei. Folglich kann keine Rede davon sein, die Vorinstanz habe die Einwände des Beschwerdeführers unbeachtet gelassen. Mit Blick auf die Rechtsprechung (vgl. BGE 142 III 612 E. 4.3; S. 617 E. 3.2.3), auf die das

Obergericht sich ausdrücklich bezieht, ist auch nicht als verfassungswidrig zu beanstanden, dass der Wunsch der erst zehnjährige Tochter berücksichtigt wurde.

### **E. 6.1**

Was die Anhörung der Tochter anbelangt, hielt das Kantonsgericht fest, das Kind habe "klar" zu Protokoll gegeben, "jede Woche abwechslungsweise bei Mutter und Vater sei nicht nach ihrem Wunsch", da es diesfalls "zu viele Wechsel" gäbe. Dies sei "offensichtlich" so zu verstehen, dass ein wöchentlicher Wechsel Thema der Kindesanhörung gewesen sei. Der Beschwerdeführer reklamiert auch in diesem Zusammenhang eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ). Er habe in der Berufung dargelegt, dass die Tochter mit dieser Aussage nicht einen wochenweisen, sondern einen täglichen Wechsel gemeint habe. Tatsächlich habe das Kind im Grundsatz nichts gegen die alternierende Obhut einzuwenden, da es sich diese Betreuung seit jeher gewohnt sei. Auf diese Vorbringen sei die Vorinstanz nicht eingegangen.

### **E. 6.2**

Wie sich aus dem angefochtenen Entscheid ergibt, hat das Obergericht die Aussage der Tochter nach dem seiner Einschätzung nach klaren und eindeutigen Wortlaut interpretiert. Damit ist sie den Anforderungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör nachgekommen, der einzig eine Darlegung der Überlegungen verlangt, von denen sich das Gericht hat leiten lassen, nicht jedoch ein Eingehen auf jedes einzelne Vorbringen der Parteien ( BGE 148 III 30 E. 3.1; 143 III 65 E. 5.2). Ob die Auffassung des Obergerichts unter Verfassungsgesichtspunkten inhaltlich zu beanstanden wäre, beschlägt dagegen nicht den Anspruch auf rechtliches Gehör ( BGE 145 III 324 E. 6.1; Urteil 5A\_672/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 6.2, in: FamPra.ch 2022 S. 270) und ist mangels entsprechender Rüge nicht zu prüfen (vgl. vorne E. 2).

### **E. 7**

Der Beschwerdeführer erachtet den angefochtenen Entscheid sodann als in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht willkürlich ( Art. 9 BV ), weil das Obergericht den Entscheid über die Obhut im Ergebnis einzig auf den (vermeintlichen) Kindeswunsch stütze und diesen mit dem Kindeswohl gleichsetze. Alle weiteren Kriterien (frühere gemeinsame Betreuung, Erziehungsfähigkeit, Betreuungsmöglichkeiten, geografische Nähe, wirtschaftliche Situation, Kontinuität und Stabilität der Beziehung beider Eltern) werde keine Beachtung geschenkt. Dieses Vorbringen erweist sich nach dem vorne in E. 5.2 Ausgeführten, wonach in den Entscheid über die Obhut neben dem Kindeswillen sehr wohl weitere Gesichtspunkte eingeflossen sind, von vornherein als unbegründet.

### **E. 8.1**

Willkür ( Art. 9 BV ) sowie eine Verletzung des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens ( Art. 8 Ziff. 1 EMRK ; Art. 13 Abs. 1 BV ) wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz sodann deshalb vor, weil die Obhut über die Tochter der Mutter allein zugeteilt und dem Vater nur ein minimales Besuchsrecht eingeräumt wurde, obgleich die Voraussetzungen für die im Grundsatz vorrangige alternierende Obhut gegeben seien.

### **E. 8.2**

Der Beschwerdeführer vermag im vorliegenden Verfahren, das die Regelung der Beziehungen zwischen zwei Privatpersonen zum Gegenstand hat, nichts aus dem Anspruch

auf Achtung des Familienlebens für sich abzuleiten (Urteil 5A\_247/2021 vom 10. Januar 2022 E. 3.2; im Allgemeinen vgl. BGE 137 III 59 E. 4.1). Der Vorwurf der Willkür erhärtet sich sodann nicht: Das Obergericht hat mit Blick auf die im vorliegenden Einzelfall gegebenen Umstände über die Frage der Obhut entschieden und sich hierbei von der einschlägigen Rechtsprechung leiten lassen (vgl. auch vorne E. 5.2 und 7). Dass es diese Rechtsprechung offensichtlich unrichtig verstanden oder angewandt hätte, macht der Beschwerdeführer trotz des pauschalen Hinweises auf den Vorrang der alternierenden Obhut nicht mit hinreichender Genauigkeit geltend (vgl. vorne E. 2 und 5.2). Der Beschwerdeführer ist sodann zwar mit der Einschätzung der Sachlage durch das Obergericht nicht einverstanden. In der Beschwerdeschrift beschränkt er sich indes auf die Behauptung, im Gegensatz zur vorinstanzlichen Würdigung seien die Kriterien für die von ihm gewünschte Betreuungsform erfüllt. Damit lässt sich keine Willkür dartun (vgl. vorne E. 4.3). Nicht ersichtlich ist zuletzt, inwieweit der zusätzliche Hinweis des Beschwerdeführers von Bedeutung sein könnte, das vorliegende Verfahren schaffe zwar kein Präjudiz für das Scheidungsverfahren, zementiere aber eine Regelung, die für die Obhutzuteilung bei Scheidung klare Fakten schaffe.

## **E. 9**

Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Unter diesen Umständen besteht kein Anlass, auf die kantonale Kostenregelung einzugehen, die nicht unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens angefochten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Parteientschädigung ist keine zu sprechen, da der obsiegenden Beschwerdegegnerin mangels Einholens einer Vernehmlassung keine entschädigungspflichtigen Kosten entstanden sind ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist abzuweisen, da die Beschwerde nach dem Ausgeführten als von Anfang an aussichtslos eingestuft werden muss ( Art. 64 Abs. 1 BGG ).

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