

GR_GERICHTE ZK1 2021 167 vom 8. März 2022

GR Gerichte, 2022-03-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2021_167

FR: GR_GERICHTE ZK1 2021 167 du 8 mars 2022

IT: GR_GERICHTE ZK1 2021 167 del 8 marzo 2022

Regeste

Eheschutz | Berufung ZGB Eherecht

Erwägungen

E. 9

/ 32 che zu behandeln ist und kein Streitwerterfordernis gilt (Art. 308 Abs. 2 ZPO; BGer 5A_399/2014 v. 17.12.2014 E. 1). Auf die Berufung ist somit – unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (vgl. E. 2.2) – einzutreten. Deren Beurteilung fällt in die Zuständigkeit der erkennenden Kammer (Art. 6 Abs. 1 lit. a KGV [BR 173.100]). 1.2. In Verfahren betreffend Eheschutz gelangen grundsätzlich die Dispositivmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) und die sogenannte beschränkte oder soziale Untersuchungsmaxime (Art. 271 lit. a i.V.m. Art. 272 ZPO) zur Anwendung. Soweit im Eheschutzverfahren jedoch Kinderbelange zu regeln sind, gilt der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Sodann findet betreffend Kinderbelange die Offizialmaxime Anwendung und entscheidet das Gericht demnach ohne Bindung an die Parteianträge (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Diese Maximen gelangen in sämtlichen Verfahrensstadien, mithin auch vor der Rechtsmittelinstanz, zur Anwendung (Jonas Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 3 zu Art. 296 ZPO, m.w.H.). 1.3. Was das Beweismass anbelangt, so genügt im Eheschutzverfahren hinsichtlich der behaupteten Tatsachen das blosses Glaubhaftmachen (Daniel Bähler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Basel 2017, N 1a zu Art. 271 ZPO). Es braucht somit nicht die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein einer Tatsache herbeigeführt zu werden, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Das Gericht darf demnach weder blosses Behauptungen genügen lassen noch einen strikten Beweis verlangen (vgl. BGer 5A_1003/2014 v. 26.5.2015 E. 3; BGE 140 III 610 E. 4.1). 2.1. Mit der Berufung als vollkommenem Rechtsmittel kann gemäss Art. 310 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung, die unrichtige Sachverhaltsfeststellung und – über den Wortlaut hinaus – die Unangemessenheit geltend gemacht werden. Das Berufungsgericht kann die gerügten Mängel des vorinstanzlichen Entscheids frei und unbeschränkt überprüfen (Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 6 zu Art. 310 ZPO). 2.2. Nach Art. 311 Abs. 1 ZPO ist eine Berufung zu begründen. Aus der Begründung muss hervorgehen, welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheids

E. 10

/ 32 angefochten werden, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll und wie stattdessen zu entscheiden ist. Der blosser Verweis auf bereits vor erster Instanz erhobene Rügen oder allgemeine Kritik am erstinstanzlichen Entscheid genügen nicht. Die kritisierten Ausführungen und die Beilagen müssen genau bezeichnet werden. Fehlt eine Begründung vollständig, wird lediglich auf die Vorakten verwiesen oder ist die Begründung in anderer Hinsicht ungenügend, ist auf die Berufung nicht einzutreten (BGE 138 III 374 E. 4.3 = Pra 2013 Nr. 4; Reetz/Theiler, a.a.O., N 36 ff. zu Art. 311 ZPO; vgl. BGer 5A_141/2014 v. 28.4.2014 E. 2.4). Die Begründungsobliegenheit ist auch dann zu beachten, wenn wie vorliegend die Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt (BGE 141 III 569 E. 2.3.3 = Pra 2016 Nr. 99; Reetz/Theiler, a.a.O., N 37 zu Art. 311 ZPO, m.w.H.). 3. Wie erwähnt stellte der Ehemann in seiner Berufung für den Fall, dass das Gericht einen Obhutswechsel bzw. eine Zuteilung der Obhut an die Ehefrau in Betracht ziehen sollte, zwei Beweisanträge (act. A.1, II.B.5 S. 15), über welche vorab zu befinden ist. Der Ehemann beantragt einerseits (erstmalig) die Einholung eines Obergutachtens betreffend die Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit der Parteien, andererseits verlangt er, wie bereits vor der Vorinstanz (RG act. IX.4, II.B), die Durchführung einer erneuten Kindesanhörung. Die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime in Verfahren betreffend Kinderbelange (vgl. E. 2.1 oben) durchbricht das Novenregime von Art. 317 ZPO mit der Folge, dass neue Tatsachen und Beweisanträge im Berufungsverfahren selbst dann vorgebracht werden können, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 147 III 301 E. 2.2, m.w.H.). Soweit der Ehemann im Berufungsverfahren in Zusammenhang mit der Obhut- und der Kinderunterhaltsfrage nunmehr Beweisanträge stellt, welche über die noch vor Vorinstanz gestellten Anträge hinausgehen, ist dies daher ohne Weiteres zulässig. 3.1.1. Gemäss Art. 188 Abs. 2 ZPO kann das Gericht ein unvollständiges, unklares oder nicht gehörig begründetes Gutachten auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen ergänzen und erläutern lassen oder eine andere sachverständige Person beiziehen. Nach dieser Bestimmung hat das Gericht im Falle eines mangelhaften ersten Gutachtens unter anderem die Möglichkeit, ein neues bzw. weiteres Gutachten (oft Obergutachten genannt) eines anderen Gutachters einzuholen. Ein Obergutachten wird nur eingeholt, wenn eine Erläuterung bzw. Ergänzung die Mängel des ersten Gutachtens nicht zu beseitigen vermochte oder wenn eine Verbesserung von vornherein keinen Erfolg verspricht, weil das Gutachten geradezu unbrauchbar respektive nicht beweistauglich erscheint. Dies ist insbesondere

E. 11

/ 32 dann der Fall, wenn das Gutachten in formeller oder materieller Hinsicht grobe Mängel wie namentlich fehlende Schlüssigkeit aufweist oder wenn die sachverständige Person als befangen erscheint (Annette Dolge, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Basel 2017, N 9 zu Art. 188 ZPO; Thomas Weibel, in: Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 10 zu Art. 188 ZPO; Heinrich Andreas Müller, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 17 ff. zu Art. 188 ZPO, je m.w.H.). 3.1.2. Der Vater bringt im Wesentlichen vor, dass das vorliegende Gutachten weder vollständig noch nachvollziehbar, geschweige denn schlüssig sei. In erster Linie macht er geltend, dass das Gutachten inhaltliche Mängel aufweise, indem es zentrale Aspekte, so insbesondere die Kindesmisshandlung seitens der Mutter, ausser

Acht lasse bzw. unzureichend würdige (act. A.1, II.B.1 S. 5, II.B.2 S. 6 ff. u. II.B.2 S. 12 f.). Entgegen den Vorbringen des Vaters war die Thematik der angeblichen Kindsmisshandlung jedoch durchaus Gegenstand des Gutachtensprozesses und wird sie an mehreren Stellen im Gutachten aufgegriffen (insb. RG act. V.3, S. 43; vgl. aber auch RG act. V.3, S. 4, 6 f., 28, 33, 40 u. 45). Das Gutachten blendet somit die vorgebrachte angebliche Kindsmisshandlung nicht aus, würdigt jedoch die gemachten Behauptungen anders als der Vater und kommt eben gerade nicht zum Schluss, dass eine Kindsmisshandlung erstellt sei und vorliegend von einem "Battered-Child-Syndrom" ausgegangen werden müsse (vgl. RG act. V.3, S. 43). Im Ergebnis erachtet die Gutachterin die Thematik nicht als Hindernis dafür, der Mutter die Obhut zuzuteilen (vgl. RG act. V.3, S. 47), was im Gesamtkontext und unter Berücksichtigung der nachfolgenden Erwägungen nachvollziehbar erscheint (vgl. bereits act. B.1, E. V S. 15). Auch diverse weitere Punkte, namentlich die Gründe für den Auszug der Mutter aus der Familienwohnung (vgl. RG act. V.3, S. 39 f.), die Deutschkenntnisse (RG act. V.3, S. 40) und das Arbeitspensum (RG act. V.3, S. 41) der Mutter sowie die Kontinuität der Lebensbedingungen der Mädchen (RG act. V.3, S. 45), finden im Gutachten entgegen den Ausführungen des Vaters (act. A.1, II.B.2 S. 9 u. S. 11) durchaus Erwähnung. Während das Gutachten selbst festhält, dass teilweise unklar sei, inwiefern die Angaben der Eltern der äusseren Realität entsprechen (RG act. V.3, S. 39 f.) und entsprechend sowie mangels Relevanz auf gewisse Punkte nicht weiter eingeht, setzt es sich jedenfalls mit den für die Obhutszuteilung massgebenden Aspekten in hinreichendem Mass auseinander.

E. 12

/ 32 3.1.3. Der Vater kritisiert weiter die angebliche Ungleichbehandlung der Parteien bzw. sinngemäss die Befangenheit der das Gutachten erstellenden sachverständigen Person, welche sich insbesondere darin zeige, dass mit ihm lediglich eine, mit der Mutter hingegen zwei Interaktionsbefragungen stattgefunden hätten, wobei sich das Gutachten schwergewichtig auf diese Befragungen stütze (act. A.1, II.B.2 S. 6 f., 10 u. 13). Es ist zutreffend, dass mit dem Vater lediglich eine Interaktionsbefragung stattfand, mit der Mutter hingegen deren zwei. Dieser Umstand resultiert allerdings daraus, dass die Tochter D._____ bei der ersten Befragung (kurzfristig) krankheitsbedingt fehlte. Die erste Befragung konnte entsprechend nur mit der Mutter und der Tochter C._____ durchgeführt werden, weshalb es die Interaktionsbefragung mit der Mutter und beiden Töchtern später nachzuholen galt (vgl. RG act. V.3, S. 25 u. 27). Es lässt sich somit aus der Anzahl der jeweils durchgeführten Interaktionsbefragungen mit den beiden Parteien nicht auf eine Parteilichkeit der Gutachterin schliessen. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass die Interaktionsbefragungen lediglich einen Bestandteil der Grundlagen des Gutachtens ausmachen, welches sich daneben unter anderem auch auf die Gerichtsakten, auf verschiedene Einzelbefragungen sowie auf eigene Untersuchungen stützt (vgl. RG act. V.3, S. 4 f.). Sodann bringt der Vater vor, es erfolge im Gutachten eine Idealisierung der Mutter (act. A.1, II.B.2 S. 7 u. 12; vgl. auch act. A.1, II.B.2 S. 10 f.), während die gute Vater-Kind-Beziehung und das Betreuungsumfeld beim Vater in tatsächlicher Weise herabgesetzt und kritisiert würden (act. A.1, II.B.2 S. 10 u. 13). Es trifft zu, dass die Gutachterin bei der Mutter eine günstige Persönlichkeitsentwicklung und ein Entwicklungspotential betreffend ihre Erziehungsfähigkeit feststellte (RG act. V.3, S. 44 u. 47; RG act. V.6, S. 2). Jedoch erscheint diese Schlussfolgerung objektiv nachvollziehbar. So beruht sie auf dem Umstand, dass es der Mutter nach dem Verlassen des Frauenhauses innert kurzer Zeit gelang, sowohl eine Wohnung als auch eine Arbeitsstelle zu finden und

ihre Deutschkenntnisse zu verbessern, mithin ihre persönliche Situation zu verändern und zu stabilisieren. Die dadurch gewonnene Unabhängigkeit dürfte es ihr ermöglichen, sich nicht mehr als hilflos und fremdbestimmt wahrzunehmen, sondern ihre Handlungsmöglichkeiten im Familiengefüge zu erkennen und wahrzunehmen (vgl. RG act. V.3, S. 40, u. V.6 S. 2; RG act. II.10 f.). Abgesehen davon enthält das Gutachten durchaus auch eine kritische Sicht auf die Mutter (vgl. insb. RG act. V.3, S. 40 u. 43) und werden andererseits auch verschiedentlich die Stärken des Vaters thematisiert (vgl. insb. RG act. V.3, S. 38 u. 41). Das Gutachten setzt sich demnach mit beiden Elternteilen differenziert und sachlich auseinander. Eine Parteilichkeit der

E. 13

/ 32 Gutachterin kann daher auch in diesem Zusammenhang nicht festgestellt werden (vgl. bereits act. B.1, E. V S. 16). 3.1.4. Zusammengefasst erweist sich das Gutachten der KJP vom 30. März 2021 samt dessen Ergänzung vom 23. Juni 2021 als umfassend, ausreichend begründet und hinsichtlich seiner Folgerungen nachvollziehbar, d.h. schlüssig. Sodann begründet es auch keine Zweifel an der Unabhängigkeit und Unbefangenheit der sachverständigen Person (vgl. bereits act. B.1, E. V. i.f.). Damit liegt kein Grund vor, ein Obergutachten anzuordnen. Hinzu tritt der Umstand, dass vorliegend über die Obhutszuteilung im Rahmen eines (summarischen) Eheschutzverfahrens entschieden wird, welches auf eine rasche Entscheidung abzielt. Langwierige Abklärungen sollten daher nicht die Regel sein, sondern nur bei besonderen Umständen angeordnet werden (BGer 5A_57/2014 v. 16.5.2014 E. 4.6; Verena Bräm, in: Bräm/Hasenböhler [Hrsg], Zürcher Kommentar, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998, N 90 zu Art. 176 ZGB). In diesem Sinne ist vorliegend eine mit den Kindesinteressen nicht zu vereinbarende Verzögerung des Verfahrens zu vermeiden und sind stattdessen im Interesse der Kinder möglichst rasch klare Verhältnisse zu schaffen. Sodann wäre mit einer erneuten Begutachtung unweigerlich eine weitere Belastung der sich in einem Loyalitätskonflikt befindenden (vgl. E. 4.2.2) Kinder verbunden, was es ebenfalls zu verhindern gilt. Der Beweisantrag des Vaters ist demnach abzuweisen. 3.2.1. Nach Art. 298 Abs. 1 ZPO sind Kinder durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich anzuhören, sofern nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegensprechen. Grundsätzlich besteht die Pflicht, die Kinder anzuhören, nur einmal im Verfahren, wobei darunter der gesamte Instanzenzug zu verstehen ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Kinder zu den entscheiderelevanten Punkten befragt wurden und das Ergebnis der Anhörung noch aktuell ist bzw. die tatsächlichen Verhältnisse sich seit der letzten Anhörung nicht wesentlich verändert haben. Nach der Rechtsprechung ist von wiederholten Anhörungen abzusehen, wo dies für die Kinder eine unzumutbare Belastung bedeuten würde und überdies keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären oder der erhoffte Nutzen in keinem vernünftigen Verhältnis zu der durch die erneute Befragung verursachten Belastung stünde (BGE 146 III 203 E. 3.3.2; BGer 5A_984/2019 v. 20.4.2020 E. 3.4, je m.w.H.). 3.2.2. Der Vater begründet seinen Antrag um eine erneute Kindesanhörung unter anderem damit, dass die vorinstanzliche Anhörung bereits zu weit zurückliege (vgl. act. A.1, II.B.5 S. 15). Die Töchter wurden vom Vorderrichter am 23. Oktober 2020 angehört, wobei insbesondere die massgebliche Frage der Obhutszuteilung

E. 14

/ 32 Gegenstand der Anhörung bildete (vgl. act. B.1, E. F). Da nach dem Gesagten eine Kindesanhörung in der Regel nur einmal im Verfahren stattfinden soll, ist bereits aus

diesem Grund die Zweckmässigkeit einer weiteren Anhörung in Frage zu stellen. Zusätzlich zur vorinstanzlichen Kinderanhörung wurden anfangs 2021 mehrere Interaktionsbefragungen sowie eine Befragung der Kinder in Abwesenheit der Eltern durch die Gutachterin durchgeführt (RG act. V.3, S. 4). Aus dem Gutachten ergibt sich zudem, dass die Kinder sich in einem Loyalitätskonflikt befinden und ihren Willen aufgrund einer gewissen Überanpassung an die Vorgaben des Vaters sowie aufgrund ihrer Verlustängste nur eingeschränkt autonom zu äussern vermögen (RG act. V.3, S. 36 f. u. 46). Eine (weitere) Befragung dürfte sie daher einerseits erheblich belasten. Andererseits ist aber auch nicht wahrscheinlich, dass sich aus einer erneuten Kindesanhörung im Hinblick auf die Zuteilung der Obhut neue Erkenntnisse ergeben würden, zumal sich die Verhältnisse seit der ersten Anhörung nicht wesentlich verändert haben und die Kinder weiterhin beim Vater wohnen (vgl. zum Ganzen bereits act. B.1, E. V S. 14). Der mögliche Nutzen einer erneuten Anhörung steht damit in keinem vernünftigen Verhältnis zu der durch die Befragung verursachten Belastung der Kinder, weshalb von einer Anhörung abzusehen und der entsprechende Beweisantrag abzuweisen ist. 4. Hauptstreitpunkt unter den Parteien bildet die Frage nach der Zuteilung der Obhut über die Töchter C._____ und D._____. 4.1. Können sich die Eltern nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes nicht auf ein Betreuungsmodell einigen, kann das Gericht eine Regelung der alleinigen oder alternierenden Obhut vornehmen (vgl. Art. 176 Abs. 3 und Art. 298 Abs. 2 ZGB). Bei der Obhut handelt es sich um die Befugnis zur täglichen Betreuung des Kindes und zur Ausübung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit seiner Pflege und laufenden Erziehung (BGE 142 III 612 E. 4.1; Ingeborg Schwenzer/Michelle Cottier, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018, N 4 zu Art. 298 ZGB, je m.w.H.). Leitprinzip bei der Obhutzuteilung ist das Kindeswohl, welches den Interessen der Eltern vorgeht. Für die Obhutsregelung ist insbesondere auf die persönlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern und auf die erzieherischen Fähigkeiten der Eltern abzustellen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzungen ungefähr in gleicher Weise, können die Möglichkeit und Bereitschaft der Elternteile zur persönlichen Betreuung der Kinder sowie die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Je nach Alter der Kinder ist sodann ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen (vgl. aber E. 5.5.1 f.). Schliesslich sind auch die Kooperationsbereitschaft und die Bereitschaft, die Be-

E. 15

/ 32 ziehung zum anderen Elternteil zuzulassen (sog. Bindungstoleranz) der Eltern zu berücksichtigen. Es ist diejenige Lösung zu wählen, die unter Berücksichtigung der gesamten Umstände den Kindern die notwendige Stabilität der Beziehungen gewährleistet, die sie für ihre optimale Entwicklung und Entfaltung benötigen (BGer 5A_115/2015 v. 1.9.2015 E. 5.1; BGer 5A_105/2016 v. 7.6.2016 E. 2.2; Schwenzer/Cottier, a.a.O., N 5 zu Art. 298 ZGB, je m.w.H.). 4.2. Die Vorinstanz fällt ihre Entscheid im Wesentlichen gestützt auf das Gutachten der KJP und dessen Ergänzung (RG act. V.3 u. V.6), in welchen die Obhutzuteilung an die Mutter empfohlen und eine alternierende Obhut abgelehnt wurden (act. B.1, E. W.d f.). Das Gericht würdigt ein Gutachten grundsätzlich frei und ist nicht an dessen Schlussfolgerungen gebunden. Vom Gutachten abweichen darf das Gericht indessen nur beim Vorliegen triftiger Gründe, namentlich wenn ernsthafte Einwände gegen dessen Schlüssigkeit bestehen. Diesfalls ist das Gericht gehalten, seinen Entscheid, dem Gutachten nicht zu folgen, zu begründen. Erscheint dem Gericht die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten als zweifelhaft, so hat es nötigenfalls ergänzende

Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben (vgl. BGer 5A_351/2018 v. 23.10.2018 E. 4.3.1, m.w.H.). Wie dargelegt ist das vorliegende Gutachten vollständig, schlüssig, klar sowie gehörig begründet (vgl. bereits act. B.1, E. W.e S. 20) und bildet es daher ein taugliches und ohne Weiteres verwertbares Beweismittel. Die Vorinstanz hat sich mit den Ausführungen im Gutachten ausführlich auseinandergesetzt und dieses kritisch gewürdigt (vgl. insb. act. B.1, E. V S. 15 f.). Davon zeugt insbesondere die Tatsache, dass die Vorinstanz nach Erhalt des Gutachtens vom 30. März 2021 dessen Empfehlung eines Obhutswechsels zur Mutter vor dem Hintergrund des im Gutachten ebenfalls thematisierten grossen Bedürfnisses der Kinder auf Stabilität und Sicherheit hinterfragte und der Gutachterin entsprechende Ergänzungsfragen stellte (vgl. act. B.1, E. W.a f.). Die eingeholte Ergänzung vermochte die sich der Vorinstanz zuvor noch stellenden Fragen zu beantworten, weshalb für sie keine sachlichen Gründe bestanden, den gutachterlichen Empfehlungen nicht zu folgen (vgl. act. B.1, E. W.e S. 20). 4.3. Die Vorinstanz gelangte mit ausführlicher und überzeugender Begründung und unter Abstützung auf das Gutachten zum Schluss, dass das Kindeswohl mit der Zuteilung der alleinigen Obhut an die Mutter am besten gewahrt sei und so am ehesten die notwendige Stabilität der Beziehungen gewährleistet werden könne, welche die Kinder für ihre optimale Entwicklung und Entfaltung benötigten. Für die Vorinstanz war zunächst der Umstand ausschlaggebend, dass zwar gemäss Gutachten bei beiden Elternteilen gewisse Defizite in der Erziehungsfähigkeit vorlä-

E. 16

/ 32 gen, dass aber die Erziehungsfähigkeit der Mutter als lediglich leicht eingeschränkt und somit etwas besser beurteilt werde als jene des Vaters, welche im Gutachten als eingeschränkt bezeichnet werde. Gleichzeitig sei der Mutter von der Gutachterin eine günstige Persönlichkeitsentwicklung und gestützt darauf auch ein Entwicklungspotential hinsichtlich ihrer Erziehungsfähigkeit attestiert worden und sei ihre Beziehung zu den Kindern als besser beurteilt worden, während das Betreuungsumfeld beim Vater als nicht genügend entwicklungsfördernd für die beiden Kinder erachtet worden sei. Im Weiteren wurde als positiv beurteilt, dass die Kinder – nachdem die Mutter ihren Wohnort nach L. ____ verlegt habe – ihre schulischen Strukturen, die Tagesmutter und ihr soziales Umfeld (Kolleginnen etc.) beibehalten könnten und lediglich im Hinblick auf den Wohnungswechsel und den Wechsel der unmittelbaren Betreuungsperson eine (reduzierte) Anpassungsleistung seitens der Kinder erforderlich sei. Sodann weist die Vorinstanz darauf hin, dass im Gutachten die Bindungstoleranz beim Vater als eingeschränkt beurteilt, bei der Mutter hingegen als gegeben erachtet werde, was als weiterer Aspekt deutlich für die Obhutszuteilung an die Mutter spreche. Ausserdem sei die Mutter bereit, ihr Arbeitspensum zu reduzieren, um die persönliche Betreuung der Kinder zu gewährleisten, was mit Blick auf das hohe Bedürfnis der Kinder nach emotionaler Verfügbarkeit ihrer Bezugsperson als förderlich erscheine. Beim Vater würden die Kinder hingegen grösstenteils durch die Grossmutter und die Tante statt durch diesen persönlich betreut. Bezüglich des von den Kindern mit Bezug auf die Obhutszuteilung geäusserten Willens hielt die Vorinstanz auch unter Verweis auf das Gutachten fest, dass dieser Wille aufgrund der (Über-) Anpassung der Kinder sowie aufgrund ihrer Verlustängste als lediglich eingeschränkt autonom zu beurteilen sei. Schliesslich erwog die Vorinstanz, dass auch die Vorwürfe, die Mutter habe die Kinder geschlagen, die gutachterliche Empfehlung auf Zuteilung der Obhut an die Mutter unter den gegebenen Umständen nicht in Frage zu stellen vermöchten (zum Ganzen act. B.2, E. V u. W.e f.). 4.4. Mit Blick auf die Berufung

des Vaters ist einleitend darauf hinzuweisen, dass auf diese nicht einzutreten ist, soweit sich der Vater nicht mit den vorinstanzlichen Überlegungen auseinandersetzt, sondern – über weite Teile sogar wörtlich (vgl. insb. act. A.1, II.B.2 S. 7 ff.) – lediglich seinen bereits vor Vorinstanz eingenommenen Standpunkt wiedergibt. Insofern genügen seine Ausführungen den in E. 3.2 genannten Anforderungen an eine hinreichende Berufungsbegründung im Sinne von Art. 311 ZPO nicht. 4.5. Schwergewichtig rügt der Vater, dass die Vorinstanz den Willen der Kinder, in der Obhut des Vaters zu verbleiben, missachtet habe (vgl. act. A.1, II.B.1 S.

E. 17

/ 32 4 f. u. II.B.5 S. 14 f.; act. A.3, S. 2). Der Berufungskläger setzt sich dabei aber mit den vorinstanzlichen Ausführungen grösstenteils nicht näher auseinander, sondern beschränkt sich im Wesentlichen darauf, auf den von den Kindern geäusserten entsprechenden Wunsch hinzuweisen, womit er seiner Begründungspflicht grundsätzlich nicht genügt. Im Beachtung der Untersuchungsmaxime wird nachfolgend dennoch auf die Thematik eingegangen. 4.5.1. In der Tat äusserten sich die Mädchen sowohl während der vorinstanzlichen Kinderanhörung als auch im Rahmen der Begutachtung sowie gegenüber dem Kinder- und Jugendpsychiater Dr. med. K._____ dahingehend, dass sie beim Vater im gewohnten Umfeld verbleiben bzw. nicht bei der Kindsmutter wohnen möchten (vgl. RG act. XI.1; RG act. XI.2, E. I.b; RG act. V.3, S. 23, 25 f. u. 46; act. B.2). Nach eingehender Auseinandersetzung mit diesem Umstand ist die Vorinstanz jedoch zum Schluss gelangt, dass dies der Obhutzuteilung an die Mutter nicht entgegenstehe. Der vorinstanzliche Entscheid hält dazu insbesondere fest, dass die Kinder gemäss Gutachten und gemäss eigener Wahrnehmung ihren Willen nur eingeschränkt autonom äussern könnten. C._____ und D._____ zeigten eine gewisse Überanpassung an die Vorgaben ihres Vaters (vgl. RG act. V.3, S. 42, 44 u. 46) und würden in ihrer eigenen Perspektive zudem Gefahr laufen, den Vater auch noch zu "verlieren", wenn sie sich gegen ihn aussprechen würden (vgl. RG act. V.3, S. 44 u. 46). Sodann trage die ablehnende Haltung des Vaters gegenüber der Kindsmutter dazu bei, dass die Kinder ihre Mutter teilweise ablehnten und sich stark auf ihn beziehen würden. Der Vorderrichter gelangte letztlich zum Schluss, dass viele Faktoren zum scheinbaren Aussprechen der Kinder gegen die Mutter führten und die Gründe dafür psychologisch sehr komplex seien und nicht einfach an einem unbewiesenen Verhalten festgemacht werden könnten, welches der Vater der Mutter in der gegebenen Interessenlage anlaste (zum Ganzen act. B.1, E. V u. E. W.e, S. 21 f.). 4.5.2. Die Überlegungen der Vorinstanz überzeugen, zumal effektiv fraglich ist, ob die noch relativ jungen Kinder angesichts der sie verunsichernden Trennungssituation, ihres Loyalitätskonflikts und der vom Vater gegenüber der Mutter gezeigten ablehnenden Haltung in der Lage sind, einen autonomen und stabilen Willen hinsichtlich der Frage zu äussern, wo sie künftig leben wollen. Ebenfalls zu berücksichtigen ist in diesem Kontext, dass der Kinderwillen gemäss Rechtsprechung kein vorrangiges Kriterium darstellt, sondern dieser – gerade bei jüngeren Kindern – nur einer von verschiedenen Faktoren ist, welche bei der Obhutzuteilung zu berücksichtigen sind. Das objektiv verstandene Kindeswohl, welches als oberste Maxime immer im Vordergrund zu stehen hat, kann denn auch nicht mit

E. 18

/ 32 dem subjektiven Kindeswillen gleichgesetzt werden (vgl. BGer 5A_115/2015 v. 1.9.2015 E. 5.1 u. 5.4.2). Im Ergebnis ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem Wunsch der Kinder keine überragende Bedeutung zumass. 4.6. Sodann wirft der Vater

der Vorinstanz vor, den Vorwurf der Kindsmiss- handlung durch die Mutter unzureichend gewürdigt zu haben (act. A.1, II.B.1 S. 5). Der Vater setzt sich dabei wiederum kaum mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinander, sondern beschränkt sich über grosse Strecken darauf, die bereits im vorinstanzlichen Verfahren erhobenen Vorwürfe an die Mutter zu wiederholen. Soweit der Vater in diesem Zusammenhang überdies das Gutachten samt Ergän- zung kritisiert, wird auf die vorangehenden Ausführungen unter E. 4.1.2 verwie- sen. 4.6.1. Entgegen den Ausführungen des Vaters setzt sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid ausführlich mit der Thematik, dass die Mutter die Kinder geschlagen habe, auseinander (vgl. insb. act. B.1, E. V. S. 15 u. E. W.e S. 22). Sie führt aus, die Vorwürfe gegenüber der Mutter seien offenkundig auch aus Sicht der Gutach- terin zu wenig greifbar und konkret, um am Ergebnis der Begutachtung etwas än- dern zu können. An der Glaubwürdigkeit der vom Vater präsentierten Zeugen von angeblicher körperlicher Gewalt gegen die Kinder seien grosse Zweifel ange- bracht. Die entsprechenden vom Vater eingereichten Berichte erschienen als reine Stimmungsmache gegen die Mutter und würden weder durch das Gutachten noch den Verlaufsbericht der Sozialpädagogischen Familienbetreuung gestützt. Ange- sichts der als eingeschränkt autonom beurteilten Aussagen der Kinder und dem festgestellten Loyalitätskonflikt müssten auch die diesbezüglichen Aussagen der Kinder als sehr fraglich eingestuft werden und vermöchten sie deshalb die Emp- fehlung im Gutachten, die Obhut der Mutter zuzuteilen, nicht in Frage zu stellen. Es bestehe nie eine vollkommene Sicherheit, dass Eltern ihre Kinder adäquat be- handeln würden, indessen beständen in casu verschiedene Massnahmen, die ei- ne weitgehende, präventive Schutzfunktion darstellten. 4.6.2. Die vorinstanzlichen Ausführungen sind nachvollziehbar und die Beru- fungsinstanz schliesst sich diesen an. Entgegen dem Vater (act. A.1, II.B.5 S. 14 f.) führen seine (nicht erstellten) Vorwürfe der Mutter gegenüber auch nicht dazu, dass seine Erziehungsfähigkeit als mindestens gleich gut einzustufen wäre wie diejenige der Mutter. 4.7. Auch die weiteren Ausführungen des Vaters, insbesondere jene in Zu- sammenhang mit der Bindungstoleranz der Eltern (act. A.1, II.B.5 S. 15), vermö- gen nicht zu überzeugen und führen nicht zu einer vom vorinstanzlichen Entscheid

E. 19

/ 32 abweichenden Beurteilung. Es ist dem Vater zuzustimmen, dass im Verlaufsbe- richt zur Sozialpädagogischen Familienbegleitung beide Elternteile als bindungsto- lerant bezeichnet wurden (act. B.4, Ziff. 6.3); gleichzeitig wurden darin aber auch gewisse Bedenken hinsichtlich des Umgangs des Vaters mit der konfliktbehafteten Familiensituation geäussert (vgl. act. B.4, Ziff. 6.2 u. 6.6). Vor allem aber wird im ausführlicheren, differenzierten Gutachten festgehalten, dass der Vater zwar vor- dergründig die Kontakte zwischen Mutter und Kindern zulasse und die Erweite- rung der Besuche unterstütze, dies im Alltag jedoch nur wenig spürbar sei. Aus- serdem erschwere er mit seiner vordergründig fürsorglich beschützenden Haltung eine Auseinandersetzung und Wiederannäherung zwischen den Kindern und der Mutter (RG act. V.3, S. 42). Sodann seien seine ablehnende, vorwurfsvolle Hal- tung gegenüber der Mutter sowie deren Herabsetzung für die Kinder spürbar, würden von diesen teilweise übernommen und erschwerten es ihnen, ihre Bezie- hung zur Mutter unabhängig zu gestalten (RG act. V.3, S. 39, 41 f. u. 44). Auch die Tatsache, dass der Vater scheinbar bereits vor der Trennung der Eltern ver- suchte, aussergerichtlich die alleinige elterliche Sorge und Obhut über die Kinder zu erlangen (vgl. RG act. III.4), spricht nicht für eine offene, tolerante Haltung gegenüber der Beziehung zwischen den Kindern und der Mutter. Vor dem Hinter- grund des

Gesagten wäre bei einer Obhutsteilung an den Vater eine Verstärkung der offenbar bereits bestehenden Entfremdung der Kinder von der Mutter zu befürchten, was eine erhebliche Gefährdung des Kindeswohls bedeuten würde. Sollte der Vater entgegen der gutachterlichen Einschätzung diesbezüglich eine positive Entwicklung gemacht haben, wäre dies im Interesse der Kinder zu begrüssen. Auch eine dann gegebenenfalls als gleichwertig zu beurteilende Bindungstoleranz würde in der Gesamtwürdigung der Umstände jedoch keinen Anlass geben, die Obhutsteilung an die Mutter in Frage zu stellen. 4.8. Am bisher Gesagten ändern auch die Berichte von Dr. med. K._____, bei dem der Kindsvater mit den Töchtern insgesamt viermal in der Sprechstunde war, nichts. Zwar bestätigt der Arzt in seinem ärztlichen Zeugnis vom 23. September 2021, dass die beiden Töchter nach ihren Angaben beim Vater mit der Grossmutter und Tante väterlicherseits wohnen möchten und der Vater ihnen gut zu schauen scheine, und plädiert er darin für eine Fortführung der bekannten Betreuungssituation (act. B.2). Ebenso hielt er in seiner ärztlichen Bestätigung vom 7. Dezember 2021 fest, dass es C._____ und D._____ richtig gut gehe und das Setting mit dem Kindsvater und der Grossmutter väterlicherseits für die Kinder sehr gut zu funktionieren scheine (act. B.6). Die kurzen Berichte beruhen aber auf Konsultationen, an denen jeweils lediglich der Vater und die Töchter, nicht aber die Mutter, anwesend waren, weshalb das Verhalten der Mutter sowie ihre Beziehung zu den

E. 20

/ 32 Kindern durch Dr. med. K._____ naturgemäss nicht beurteilt werden konnten. Ausserdem erhellt, dass die nach dem Gesagten ohnehin eingeschränkte Fähigkeit der Kinder, sich autonom zu ihren Wünschen zu äussern, in Anwesenheit des Vaters zusätzlich beeinträchtigt sein dürfte (vgl. zum Ganzen bereits act. B.1, E. V S. 15). Die Berichte vermögen daher keine Zweifel an den gutachterlichen Feststellungen oder den vorinstanzlichen Überlegungen zu wecken. 4.9. Im Ergebnis erscheint die Obhutsteilung an die Mutter als die dem Kindeswohl am besten entsprechende Lösung, welche unter Berücksichtigung der gesamten Umstände den Kindern die notwendige Stabilität der Beziehungen gewährleistet, die sie für ihre optimale Entwicklung und Entfaltung benötigen (vgl. BGE 136 I 178 E. 5.3 = Pra 2010 Nr. 125). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz (act. B.1, E. V. S. 15) ist überdies davon auszugehen, dass mit den gestützt auf das Gutachten angeordneten Massnahmen, namentlich der Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft, der Sozialpädagogischen Familienbegleitung, der kinderpsychotherapeutischen Begleitung sowie der Fremdbetreuung an vier Halbtagen pro Woche, der eingeschränkten Erziehungsfähigkeit der Eltern wie auch einem allfälligen Fehlverhalten entgegengewirkt werden kann. Der sich auf die gutachterliche Empfehlung (RG act. V.3, S. 47) abstützende Entscheid der Vorinstanz, die Obhut über die Kinder C._____ und D._____ der Mutter zuteilen, ist somit nicht zu beanstanden. 4.10. Der Vater stellt in seiner Berufung den Eventualantrag auf alternierende Obhut. Die Mutter hingegen lehnt eine solche ab (vgl. act. A.2, II.B.2.7; vgl. bereits RG act. IX.3, S. 2). 4.10.1. Ob in einem Fall das Betreuungsmodell der alternierenden Obhut möglich und angebracht erscheint, hat das Gericht unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände mit Blick auf das Kindeswohl, welches die oberste Maxime des Kindesrechts darstellt, zu entscheiden. Eine alternierende Obhut kommt grundsätzlich nur in Frage, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. Ausserdem ist eine entsprechende Anordnung nur vorstellbar, wenn das Verhältnis der Eltern nicht allzu konfliktbehaftet ist und erwartet werden kann, dass den Eltern auch längerfristig eine Einigung über Alltagsfragen gelingen wird. Die Eltern müssen fähig und bereit sein, miteinander zu kommunizieren und kooperieren. Allein aus

dem Umstand, dass ein Elternteil sich einer alternierenden Obhut widersetzt, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, die nötige Kooperation sei nicht gewährleistet. Bei einem offensichtlichen und anhaltenden Konflikt zwischen den Eltern in Fragen der Kinderbelange sind dagegen Schwierigkeiten bei der Kooperation vorhersehbar und ist in der Regel davon auszugehen, dass die Kinder im-

E. 21

/ 32 mer wieder Konfliktsituationen in einer Weise ausgesetzt sind, die ihren Interessen offensichtlich zuwiderläuft (vgl. BGE 142 III 617 E. 3.2.3 = Pra 2018 Nr. 26; BGer 5A_72/2016 v. 2. 11.2016 E. 3.3.1 f.; BGer 5A_569/2020 v. 15.12.2020 E. 3.1). Eine alternierende Obhut stellt hohe Anforderungen an die Kinder, welche ständig zwischen den beiden Elternteilen und den jeweiligen Haushalten hin- und her- wechseln müssen. Es versteht sich von selbst, dass der Wunsch der Eltern, auch nach der Trennung möglichst viel Alltag mit den Kindern leben zu können, hinter das Kindeswohl zurückzutreten hat, wenn sich die häufigen Wechsel als für die Kinder zu anstrengend oder nicht praktikabel erweisen oder wenn die Kinder dadurch ständig der Spannung eines von den Eltern noch nicht bewältigten Eltern- konflikts ausgesetzt sind (KGer GR ZK1 18 127 v. 5.5.2020 E. 8.1.2).

4.10.2. Zur Frage der alternierenden Obhut äusserte sich die Vorinstanz in E. W.d des angefochtenen Entscheids. Sie hielt dazu einleitend fest, dass die Mutter eine alternierende Obhut unter Hinweis auf die gutachterlichen Empfehlungen ablehne. Weiter führte sie aus, dass der Vater den Vorschlag einer alternierenden Obhut erstmals nach Vorliegen des Gutachtens und dessen Ergänzung vorgebracht habe, was nicht dafür spreche, dass seine Motivation im Wohl der Kinder begründet liege. Ferner sei auch kein echtes Bestreben erkennbar, den Kindern den Kontakt zur Mutter gleichermassen wie zu ihm zu ermöglichen. Die Vorinstanz gelangte zusammenfassend zum Schluss, dass aufgrund der gesamten Umstände, der klaren gutachterlichen Empfehlung, der bereits bestehenden Gefährdung der Entwicklung der Kinder und ihrem Bedürfnis nach Stabilität, Sicherheit und Orientierung sowie mangels beidseitiger ernsthafter Bereitschaft eine alternierende Obhut ausser Betracht falle bzw. im Hinblick auf das Kindeswohl begründete und konkrete Gründe gegen eine alternierende Obhut sprächen.

4.10.3. Der Vater setzt sich in seiner Berufung mit diesen vorinstanzlichen Über- legungen nicht auseinander, sondern verweist einzig und ohne weitere Aus- führungen auf die – bereits der Vorinstanz bekannte – Empfehlung der SPF (act. A.1, II.B.5 S. 15). Damit liegt wiederum keine hinreichende Berufungsbegründung vor, so dass auf die Berufung in diesem Punkt nicht einzutreten wäre. Der Vollständigkeit halber ist indes festzuhalten, dass vorliegend bereits die erwähnten, in unterschiedlichem Ausmass bestehenden Erziehungsdefizite der Eltern, aber auch das erhöhte Bedürfnis der Kinder nach Sicherheit und Stabilität der An- ordnung einer alternierenden Obhut entgegenstehen. Ausserdem äussert sich der Vater in keiner Weise zu einem alternierenden Betreuungsmodell oder dessen möglicher Ausgestaltung, so dass davon auszugehen ist, dass nach wie vor keine echte Bereitschaft für dieses Modell bzw. für eine Obhutsgestaltung im Interesse

E. 22

/ 32 der Kinder und in Kooperation mit der Mutter vorhanden ist. In Anbetracht des Gesagten ist von der Anordnung einer alternierenden Obhut in Übereinstimmung mit den nachvollziehbaren Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid sowie dem Ergänzungsgutachten vom 23. Juni 2021 abzusehen. 5.1. Am Entscheid der Vorinstanz, die alleinige Obhut der Mutter zuzuteilen, ist somit festzuhalten. Bei dieser Ausgangslage sind

grundsätzlich auch die damit in Zusammenhang stehenden Anordnungen des erstinstanzlichen Entscheids (act. B.1, Dispositivziff. 2c, 4, 6 u. 8 erster Spiegelstrich) zu bestätigen, zumal der Vater für diesen Fall keine Anpassungen, insbesondere auch nicht hinsichtlich des Besuchsrechts, verlangt (vgl. act. A.1, II.B.6 f. S. 16) und sich solche – mit der so gleich zu behandelnden Ausnahme – auch nicht von Amtes wegen aufdrängen. 5.2. Von Amtes wegen anzupassen ist Dispositivziffer 6 des angefochtenen Entscheids, in welcher eine Verlängerung der mit Zwischenentscheid vom 9. Juni 2021 für eine Dauer von sechs Monaten ab dem 1. Juni 2021 eingerichteten Sozialpädagogischen Familienbegleitung (RG act. XI.3, Dispositivziffer 2) bis Ende Februar 2022 angeordnet worden war. Da die Unterstützung der Parteien durch die SPF nach wie vor erforderlich erscheint und aufgrund der Berufung erst jetzt mit der Umsetzung und Begleitung des Obhutwechsels begonnen werden kann, ist die Sozialpädagogische Familienbegleitung bis Ende Juni 2022 zu verlängern. 6. Neben der Obhutsteilung samt deren Folgen beanstandet der Ehemann auch die vorinstanzlichen Berechnungen des Unterhalts der Kinder (act. A.1, II.B.8 S. 16 ff.). 6.1. Der Unterhalt der Kinder wird durch Pflege, Erziehung und Geldzahlung geleistet. Die Eltern sorgen gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Kinder und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kinderschutzmassnahmen (Art. 276 Abs. 1 u. 2 ZGB). Gebührend ist der Unterhalt, der angesichts der gelebten Verhältnisse als angemessen erscheint. Entscheidende Faktoren für die Bestimmung des gebührenden Unterhalts der Kinder sind neben ihren Bedürfnissen die Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern (vgl. Art. 285 Abs. 1 ZGB; BGE 147 III 265 E. 5.4). Der gebührende Unterhalt umfasst zunächst den Barunterhalt, welcher den unmittelbaren Lebensunterhalt der Kinder sowie deren spezielle Bedürfnisse abdeckt, aber auch den Betreuungsunterhalt, mit welchem die zur erforderlichen persönlichen Betreuung der Kinder notwendige physische Präsenz des betreuenden Elternteils sichergestellt werden soll (BGE 147 III 265 E. 5.3). Die Festsetzung des Unterhaltsbeitrags ist letztlich ein Ermessensentscheid,

E. 23

/ 32 bei dem alle bedeutsamen Umstände zu berücksichtigen sind (BGer 5A_513/2020 v. 14.5.2021 E. 2.1; BGer 5A_1017/2014 v. 12.5.2015 E. 4.1). 6.2. Gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Kindesunterhalt nach der sogenannten zweistufigen Methode zu berechnen. Dabei werden zum einen die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel festgestellt. Zum anderen wird der gebührende Bedarf der von der Unterhaltsberechnung betroffenen Personen ermittelt. Schliesslich werden die vorhandenen Ressourcen auf die beteiligten Familienmitglieder dahingehend verteilt, dass in einer bestimmten Reihenfolge das betriebsrechtliche bzw. bei genügenden Mitteln das sogenannte familienrechtliche Existenzminimum der Beteiligten gedeckt und alsdann ein verbleibender Überschuss nach der konkreten Situation ermessensweise zugeteilt wird (BGE 147 III 265 E. 6.6 f.; vgl. BGE 147 III 293 E. 4.1 f.). 6.3. Stehen Kinder unter der alleinigen Obhut eines Elternteils, leben sie folglich in dessen Haushalt und werden sie durch den anderen Elternteil nur im Rahmen des Besuchs- und Ferienrechts betreut, so leistet der obhutsberechtigte Elternteil seinen Unterhaltsbeitrag bereits vollständig in natura, indem er den Kindern Pflege und Erziehung erweist (sog. Naturalunterhalt). Diesfalls ist der Geldunterhalt vor dem Hintergrund der Gleichwertigkeit von Geld- und Naturalunterhalt im Grundsatz vollständig vom anderen Elternteil zu tragen, sofern dieser entsprechend leistungsfähig ist. Von diesem Grundsatz kann und muss das Gericht je-

doch ermessensweise abweichen, wenn der hauptbetreuende Elternteil leistungsfähiger ist als der andere (BGE 147 III 265 E. 5.5 u. 8.1; BGer 5A_926/2019 v. 30.6.2020 E. 6.3, je m.w.H.). 6.4. Die Vorinstanz hatte für den Kinderunterhalt zwei Phasen vorgesehen und berechnet, nämlich eine Phase 1 für den Zeitraum vom 1. Juni 2021 bis zum Obhutswechsel bzw. bis zur Vollstreckbarkeit ihres Entscheids sowie eine Phase 2 für die Folgezeit. Der Unterhalt für die Zeit bis zur zweiten Eheschutzverhandlung am 19. Mai 2021 war in der Trennungsvereinbarung vom 23. Oktober 2020 in dem Sinn geregelt worden, dass der Vater für die gesamten Kinderkosten aufkommt, wobei die Vorinstanz diese Regelung aus Praktikabilitätsgründen bis zum 31. Mai 2021 verlängerte (act. B.1, Dispositivziff. 9 sowie E. L. u. X.). Diese Grundsätze der vorinstanzlichen Unterhaltsberechnung wurden vom Ehemann nicht gerügt. 6.5. Für die Phase 1 verpflichtete die Vorinstanz die Mutter zu Unterhaltsbeiträgen von CHF 208.50 pro Kind und Monat (act. B.1, Dispositivziff. 9b sowie E. X.b). Diese Beiträge entsprachen je der Hälfte der errechneten Leistungsfähigkeit der Mutter von CHF 417.00 pro Monat, welche sich nach Abzug ihres Bedarfs in

E. 24

/ 32 Höhe von CHF 2'783.00 (Grundbetrag CHF 1'200.00, Wohnkosten CHF 1'300.00, Krankenkassenprämie abzüglich IPV CHF 138.00, Kosten Arbeitsweg CHF 145.00) von ihrem Einkommen von CHF 3'200.00 ergab. Die Mutter wurde folglich verpflichtet, ihren gesamten Überschuss für den Barunterhalt der Kinder zu verwenden, wohl vor dem Hintergrund, dass die Kinder in dieser Phase unter der Obhut des Vaters sind und er daher Naturalunterhalt leistet, weshalb nach dem unter E. 7.3 Gesagten grundsätzlich und bei gegebener Leistungsfähigkeit die Mutter zur alleinigen Leistung des Barunterhalts verpflichtet wäre. Den Bedarf der Kinder bezifferte die Vorinstanz mit je CHF 983.00 (Grundbetrag CHF 400.00, Wohnkostenanteil CHF 300.00, Krankenkassenprämie abzüglich IPV CHF 33.00, Fremdbetreuungskosten CHF 250.00), wobei sich nach Abzug der Kinderzulagen in Höhe von je CHF 220.00 ein von den Eltern zu deckender Bedarf von je CHF 763.00 ergab. Nach Abzug der von der Mutter zu leistenden Unterhaltsbeiträge von je CHF 208.50 pro Kind verblieb bei beiden Kindern ein ungedeckter Barbedarf von je CHF 554.50 pro Monat (act. B.2, E. X.b i.V.m. E. X.c). 6.5.1. Der Vater bringt gegen die soeben erläuterte vorinstanzliche Berechnung in seiner Berufung vor, die monatlichen Mietkosten der Mutter hätten sich aufgrund ihres Umzugs in eine günstigere Wohnung seit dem 1. September 2021 um CHF 100.00 reduziert, weshalb sie monatlich je CHF 50.00 mehr an den Barunterhalt der Kinder leisten könne (act. A.1, II.B.8 S. 17). 6.5.2. Der Einwand des Vaters ist an sich zutreffend, da sich die Wohnkosten der Ehefrau mit ihrem Umzug von E._____ nach L._____ von vormals CHF 1'300.00 (RG act. II.3) auf CHF 1'200.00 (RG act. II.11) pro Monat reduziert haben. Jedoch betreffen die reduzierten Mietkosten nicht die gesamte Phase 1, sondern trat die geringfügige Änderung im Bedarf der Mutter erst per 1. September 2021 ein, wie dies auch vom Vater korrekt vorgebracht wird. Insbesondere aber gilt es zu berücksichtigen, dass beim Vater in der Phase 1 bei einem Einkommen von CHF 4'150.00 und einem – in Anlehnung an die Zahlen der Phase 2 [vgl. act. B.1, E. X.c] ermittelten – Bedarf in Höhe von CHF 2'001.00 (Grundbetrag CHF 1'350.00, Wohnkosten CHF 450.00 [Miete insgesamt CHF 1'050.00 abzüglich Anteile der Kinder von je CHF 300.00], Krankenkassenprämie abzüglich IPV CHF 57.00, Kosten Arbeitsweg CHF 144.00) ein Überschuss von monatlich CHF 2'149.00 vorliegt. Dieser Überschuss steht ihm selbst nach Übernahme des durch die Mutter nicht gedeckten Anteils am Bedarf der Kinder von je CHF 554.50 noch im Umfang von CHF 1'040.00 pro Monat zur freien Verfügung. Damit ist

er deutlich leistungsfähiger als die Mutter, weshalb es sich vorliegend rechtfertigt, ihr ebenfalls einen minimalen Überschuss – dieser beläuft sich, verteilt man ihn auf

E. 25

/ 32 die gesamte erste Phase, auf rund CHF 65.00 pro Monat – zuzugestehen (vgl. BGer 5A_339/2018 v. 8.5.2019 E. 5.4.3; BGer 5A_926/2019 v. 30.6.2020 E. 6.3, je m.w.H.) und die Unterhaltsregelung im Ergebnis nicht anzupassen. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Einwand der Mutter, wo- nach die Ersparnis aufgrund ihrer tieferen Mietkosten durch ihre höheren Arbeits- wegstkosten am neuen Wohnort kompensiert würden (act. A.2, II.B.4.1), nicht grei- fen würde, da die Vorinstanz ihr ohnehin die Kosten für ein Bündner Generala- bonnement (BüGA) angerechnet hat (act. B.1, E. X.b). 6.6. Für die Phase 2 verpflichtete die Vorinstanz den Vater zur Leistung von Bar-Kinderunterhaltsbeiträgen von je CHF 763.00 pro Kind und Monat sowie eines Betreuungsunterhalts von monatlich CHF 173.00 und hielt fest, dass beim Betreuungsunterhalt ein Manko im Sinne von Art. 286a Abs. 1 ZGB in Höhe von monat- lich CHF 459.00 bestehe (Dispositivziff. 9b sowie E. X.d). Die Vorinstanz errech- nete diese Unterhaltsbeiträge aufgrund eines Einkommens von CHF 1'600.00 (für ein Arbeitspensum von 50%) und eines Bedarfs von CHF 2'232.00 (Grundbetrag CHF 1'350.00, Wohnkosten CHF 600.00 [Miete insgesamt CHF 1'200.00 abzüg- lich Anteile der Kinder von je CHF 300.00], Krankenkassenprämie abzüglich IPV CHF 138.00, Kosten Arbeitsweg CHF 144.00) seitens der Mutter sowie eines Ein- kommens von CHF 4'150.00 und eines Bedarfs von CHF 2'451.00 (Grundbetrag CHF 1'200.00, Wohnkosten CHF 1'050.00 [RG act. III.7], Krankenkassenprämie abzüglich IPV CHF 57.00 [RG act. III.9 u. III.19], Kosten Arbeitsweg CHF 144.00 [RG act. III.21]) seitens des Vaters. Den Bedarf der Kinder setzte sie wie bereits in Phase 1 auf je CHF 983.00 fest, wobei sich nach Abzug der Kinderzulagen in Höhe von je CHF 220.00 ein von den Eltern zu deckender Barbedarf von je CHF 763.00 ergab (act. B.1, E. X.c). 6.6.1. Der Vater beanstandet an den vorinstanzlichen Berechnungen für die Phase 2 einerseits die Berechnung seines Einkommens. Er bringt vor, mit der pauschalen Spesenvergütung (Essensentschädigung) von monatlich CHF 400.00 würden effektiv anfallende Spesen abgegolten, weshalb die Vergütung ihm nicht an sein Einkommen angerechnet werden dürfe. Sodann sei auch die Präsenzprä- mie von jährlich CHF 550.00 von seinem Einkommen auszuklammern, da deren Ausrichtung aufgrund seiner jederzeit möglichen Arbeitsunfähigkeit wegen Krank- heit oder Unfalls ungewiss sei. Sein anrechenbares monatliches Einkommen be- laufe sich somit auf lediglich CHF 3'655.00 anstatt CHF 4'150.00 (act. A.1, II.B.8 S. 17 f.) 6.6.2. Zum Einkommen des Unterhaltsschuldners zählen neben dem festen Lohnbestandteil namentlich vom Arbeitgeber ausbezahlte Spesenentschädigun-

E. 26

/ 32 gen, wenn damit Auslagen ersetzt werden, die dem betreffenden Elternteil bei sei- ner Berufsausübung gar nicht anfallen. Diesfalls muss der Spesenersatz unab- hängig von der arbeitsvertraglichen Regelung wie ein Lohnbestandteil behandelt werden. Fallen indes dem Unterhaltsschuldner die Auslagen tatsächlich an, findet keine Aufrechnung statt. Dass die Spesen dem Unterhaltsschuldner bei seiner Berufsausübung tatsächlich entstehen, ist von diesem nachzuweisen (vgl. BGer 5A_593/2021 v. 29.10.2021 E. 2.5.1; BGer 5A_278/2021 v. 7.10.2021 E. 3.1.3 f., je m.w.H.; BGer 5D_167/2008 v. 13.1.2009 E. 5). 6.6.3. In casu stellt sich daher die Frage, ob die arbeitsvertraglich vorgesehene (RG act. III.10) und in den Lohnabrechnungen des Vaters ausgewiesene (RG act. III.13 ff. u. III.18) pauschale

Spesenvergütung bzw. Essensentschädigung in Höhe von CHF 400.00 effektiv anfallende Auslagen ersetzt oder nicht. Der Vater bringt vor, dass er sich aus örtlichen und zeitlichen Gründen nicht zu Hause verpflegen könne (act. A.1, II.B.8 S. 17). Dies widerspricht indes der im Zwischenbericht der Sozialpädagogischen Familienbegleitung enthaltenen Feststellung, dass der Vater im Aussendienst in der näheren Umgebung arbeite und jeden Mittag nach Hause komme (vgl. act. B.4, Ziff. 3). Damit übereinstimmend brachte die Mutter in ihrer Berufungsantwort vor, dass der Vater mit seinem Geschäftsauto jeweils über Mittag nach Hause fahre (act. A.2, II.B.4.2), was in der Folge unwidersprochen blieb (vgl. act. A.3). Zu beachten ist, dass der Vater im Rahmen einer Interaktionsbefragung zwar angab, nur ungefähr zweimal wöchentlich zum Mittagessen nach Hause zu kommen (RG act. V.3, S. 24). Dies ändert jedoch nichts daran, dass er tatsächliche Ausgaben für auswärtiges Essen weder näher substantiiert noch belegt, sondern es bei der oben erwähnten allgemeinen Behauptung belässt. Unter diesen Umständen hat der Vater effektive Auslagen für eine auswärtige Verpflegung nicht glaubhaft gemacht, weshalb die durch die Vorinstanz vorgenommene Anrechnung der Spesenpauschale als Lohnanteil nicht zu beanstanden ist. 6.6.4. Nach der Rechtsprechung gehören sodann auch effektiv bezahlte Provisoren, Gratifikationen, Boni und ähnliche Zulagen zum Nettoeinkommen. Werden solche Einkommensbestandteile unregelmässig bzw. in unregelmässiger Höhe oder gar nur einmalig ausbezahlt, ist von einem schwankenden Einkommen auszugehen, welchem rechtsprechungsgemäss dadurch Rechnung zu tragen ist, dass auf einen Durchschnittswert einer als massgebend erachteten Zeitspanne abgestellt wird (BGer 5A_686/2010 v. 6.12.2010 E. 2.3; vgl. Ingeborg Schwenzer/Andrea Büchler, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band I: ZGB, 3. Aufl., Bern 2017, N 27 zu Art. 125 ZGB, je m.w.H.).

E. 27

/ 32 6.6.5. Was die Präsenzprämie betrifft, so ist festzuhalten, dass dem Vater gemäss seinem Arbeitsvertrag (RG act. III.10) und in Übereinstimmung mit Art. 21 GAV jährlich im Februar für das vorangegangene Jahr eine Präsenzprämie von CHF 50.00 monatlich bzw. von bis zu CHF 600.00 jährlich ausbezahlt wird, sofern er nicht infolge Krankheit oder Unfall abwesend ist. In den Jahren 2019 bis 2021 wurde dem Vater diese Präsenzprämie jeweils mindestens im Umfang von CHF 550.00 pro Jahr ausgerichtet (RG act. III.13 f. u. III.18), was einem monatlichen Betrag von rund CHF 45.00 entspricht. Auch wenn die im Jahr 2022 für das Jahr 2021 auszurichtende Prämie aufgrund der in diesem Jahr etwas höheren krankheitsbedingten Abwesenheit (vgl. RG act. III.18) minim tiefer ausfallen dürfte, durfte die Vorinstanz die Präsenzprämie in Übereinstimmung mit der zitierten Rechtsprechung ohne Weiteres in die Einkommensermittlung einbeziehen, wobei vorliegend von einer durchschnittlichen jährlichen Präsenzprämie von CHF 550.00 bzw. einem monatlichen Anteil von CHF 45.00 ausgegangen wird. Auf die Anrechnung der Prämie für die Auto-Haltung gemäss Art. 30 des Gesamtarbeitsvertrags für das Personal des Unternehmens M._____ von jährlich CHF 300.00 bzw. von monatlich CHF 25.00 scheint die Vorinstanz verzichtet zu haben, was in Anbetracht der Tatsache, dass diese dem Vater in den letzten drei Jahren nur zweimal ausgerichtet wurde (RG act. III.13 f. u. III.18) und sich somit als eher ungewiss erweist (vgl. auch act. A.1, II.B.8 S. 17 f.), vertretbar erscheint. 6.6.6. Unter Berücksichtigung eines Grundlohns (inkl. Anteil 13. Monatslohn) von brutto rund CHF 4'507.00, durchschnittlichen Abzügen gemäss Lohnabrechnungen von insgesamt rund CHF 745.00 ([AHV/ALV/NBU/Lohnausfallvers. CHF 366.00, Pensionskasse CHF 134.00, Solidaritätsbeitrag CHF 15.00, Quellensteuer

CHF 230.00; vgl. betr. Berücksichtigung Quellensteuer OGer BE APH 05 174 v. 13.5.2005 E. 8d, in: FamPra 2005, S. 930), der monatlichen Spesenpauschale von CHF 400.00 sowie einem monatlichen Anteil Präsenzprämie von CHF 45.00 (vgl. zum Ganzen RG act. III.18) ergeben sich monatliche Einkünfte von CHF 4'207.00, so dass entgegen den Ausführungen des Vaters nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz ihm ein Einkommen von gerundet CHF 4'150.00 pro Monat ange-rechnet hat. 6.6.7. Weiter bemängelt der Vater, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht nur die Kosten für das BüGA in Höhe von CHF 144.00 angerechnet. Da sich sein Arbeits-ort in E._____ befinde und er bereits um 7.00 Uhr zur Arbeit erscheinen müsse, habe sein Fahrzeug Kompetenzcharakter und sei ihm entsprechend für seinen Arbeitsweg ein monatlicher Betrag von CHF 350.00 im Bedarf anzurechnen (act. A.1, II.B.8 S. 18 m.V.a. act. B.5).

E. 28

/ 32 6.6.8. Mit der Vorinstanz sind dem Vater – gleich wie der Mutter – für den Arbeitsweg die Kosten für ein BüGA in Höhe von CHF 144.00 (vgl. RG act. III.21) anzurechnen. Zwar ist der vom Vater geltend gemachte Arbeitsbeginn jeweils um 7.00 Uhr belegt (act. B.5). Jedoch ist nicht ersichtlich, weshalb er seinen Arbeits- weg von L._____ nach E._____ nicht mit den öffentlichen Verkehrsmitteln bewälti- gen können sollte, zumal diese zur relevanten Zeit jeweils bereits in Betrieb sind. Zudem hat der Vater künftig unter der Woche keine Betreuungspflichten mehr (vgl. act. B.1, Dispositivziff. 4), weshalb es auch in dieser Hinsicht ohne Weiteres als zumutbar erscheint, dass er den Arbeitsweg mit den öffentlichen Verkehrsmit- teln bestreitet. Der Kompetenzcharakter eines Fahrzeugs ist nach dem Gesagten zu verneinen. 6.6.9. Die weiteren Bedarfspositionen werden nicht gerügt, so dass die Vorin- stanz den monatlichen Bedarf des Vaters korrekt mit insgesamt CHF 2'451.00 be- ziffert hat. 6.6.10. Im Licht der vorangehenden Erwägungen ist der vorinstanzliche Entscheid auch betreffend die Berechnung der Unterhaltsbeiträge für die Phase 2 zu schüt- zen. 7. Zusammengefasst erweisen sich die Vorwürfe des Vaters, welcher eine unrichtige Rechtsanwendung sowie eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz bei der Obhutszuteilung und der Unterhaltsberechnung rügt (act. A.1, II.B.9), als unbegründet. Die Berufung ist demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. 8.1. Bei diesem Verfahrensausgang besteht kein Anlass, an der Verteilung der erstinstanzlichen Prozesskosten etwas zu ändern. 8.2. Zu regeln verbleiben jedoch die Kosten des Berufungsverfahrens, welche gestützt auf den Gebührenrahmen für Berufungsentscheide (Art. 9 VGZ [BR 320.210]) auf CHF 3'000.00 festgesetzt werden. 8.3. Entsprechend Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Obsiegt keine Partei vollständig, so sind sie gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen. Von diesen Verteilungsgrundsätzen kann das Gericht abweichen und insbesonde- re in familienrechtlichen Verfahren die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Zu beachten ist indes, dass im Rechtsmittelverfahren den Gesichtspunkten des Obsiegens und Unterliegens ein grösseres Gewicht zu- kommt als noch im erstinstanzlichen Verfahren (Adrian Urwyler/Myriam Grütter, in:

E. 29

/ 32 Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 5 zu Art. 107 ZPO, m.w.H.). 8.4. Der Ehemann ist im Berufungsverfahren vollständig unterlegen, weshalb er die Gerichtskosten in Höhe von CHF 3'000.00 zu tragen hat. 8.5. Mit Verfügung der Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom

5. Januar 2022 (ZK1 21 162) wurde dem Ehemann die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren gewährt. Daher gehen die ihm auferlegten Gerichtskosten in der Höhe von CHF 3'000.00 nach Massgabe von Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO zu Lasten des Kantons Graubünden und sind aus der Gerichtskasse zu bezahlen. Vorbehalten bleibt die Rückforderung durch den Kostenträger im Sinne von Art. 123 ZPO. 8.6. Beim vorliegenden Verfahrensausgang hat der Ehemann der Ehefrau ihre Parteikosten zu entschädigen, zumal die unentgeltliche Rechtspflege nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei befreit (Art. 118 Abs. 3 ZPO u. Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Der Rechtsvertreter der Ehefrau, Rechtsanwalt lic. iur. Erich Vogel, verzichtete auf das Einreichen einer Honorarnote, weshalb sich die Zusprechung einer Pauschale nach Ermessen rechtfertigt (vgl. Art. 5 Abs. 2 HV [BR 310.250]). Angesichts der sich stellenden Rechts- und Sachverhaltsfragen sowie der eingereichten Rechtsschrift erscheint für die Vertretung der Ehefrau im Berufungsverfahren ein Aufwand von 10 Stunden als angemessen. Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht die Parteientschädigung nach den kantonalen Tarifen zu (Art. 96 ZPO). Die Tarife im Kanton Graubünden sind in Art. 3 HV geregelt, wobei ein Stundenansatz zwischen CHF 210.00 und CHF 270.00 als üblich gilt (Art. 3 Abs. 1 HV). Praxisgemäss wird mangels Honorarvereinbarung der mittlere Stundenansatz von CHF 240.00 zugestanden. Der Ehemann hat der Ehefrau somit eine Parteientschädigung von gerundet CHF 2'660.00 (inkl. 3.0 % Barauslagen und 7.7 % MwSt.) zu leisten. Auch der Ehefrau wurde mit Verfügung der Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom 5. Januar 2022 (ZK1 21 178) die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren gewährt, weshalb ihr Rechtsvertreter trotz ihres Obsiegens für den Fall, dass die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist, vom Kanton angemessen zu entschädigen ist (vgl. Art. 122 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Wenn wie vorliegend der kostenpflichtigen Partei die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden ist, gilt die von ihr zu leistende Parteientschädigung in der Regel zum vornherein als uneinbringlich (Alfred Bühler; in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur ZPO, Band I, Bern 2012, N 67 zu Art. 122 ZPO). Ausgehend vom ermittelten Zeitaufwand von 10 Stunden und einem reduzierten

E. 30

/ 32 Stundenansatz von CHF 200.00 (vgl. Art. 5 Abs. 1 HV) ergibt sich ein Honoraranspruch von rund CHF 2'220.00 (inkl. 3.0 % Barauslagen und 7.7 % MwSt.), welcher aus der Gerichtskasse zu leisten ist. Mit der Zahlung geht der Anspruch auf die Parteientschädigung im entsprechenden Umfang auf den Kanton Graubünden über (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 ZPO). 8.7. Mit der in E. 8.5 genannten Verfügung wurde dem Ehemann Rechtsanwalt lic. iur. Marc G. Breitenmoser als unentgeltlicher Rechtsbeistand im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO ernannt (vgl. ZK1 21 162), welcher vom Kanton angemessen zu entschädigen ist (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). Mit Honorarnote vom 17. Januar 2022 (act. G.1) bezifferte der Rechtsvertreter des Ehemanns seinen Aufwand für das Berufungsverfahren und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auf 19.6 Stunden zu einem reduzierten Ansatz von CHF 200.00 pro Stunde und macht damit eine Entschädigung von insgesamt CHF 4'348.50 (inkl. 3.0 % Barauslagen und 7.7 % MwSt.) geltend. Der geltend gemachte Aufwand erscheint hoch, in Anbetracht der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie des Umfangs der Eingaben aber noch als angemessen und ist entsprechend zu entschädigen. Die Entschädigung wird aus der Gerichtskasse bezahlt. Vorbehalten bleibt die Rückforderung durch den Kostenträger im Sinne von Art. 123 ZPO.

E. 31

/ 32

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