

# **SO\_GERICHTE ZKBER.2021.61 vom 25. Januar 2022**

SO Obergericht, 2022-01-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKBER.2021.61](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBER.2021.61)

FR: SO\_GERICHTE ZKBER.2021.61 du 25 janvier 2022

IT: SO\_GERICHTE ZKBER.2021.61 del 25 gennaio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

habe. Selbst wenn die Betreuungsregelung bestehen bleibe, könne es angesichts des Einkommensgefälles der Eltern nicht sein, dass der Berufungsbeklagte keinen Unterhaltsbeitrag an den Berufungskläger 1 zu leisten habe. Gewisse Kosten fielen auch bei ihr an. Sodann habe er bei ihr Anspruch auf einen ähnlichen Lebensstandard wie beim Vater. Nach dem Entscheid der Vorinstanz habe die Berufungsklägerin 2 sämtliche Kosten zu tragen, die bei ihr für den Sohn anfielen, obwohl diese festgestellt habe, dass sie nur ganz knapp den eigenen Bedarf decken könne. Bei einer persönlichen Betreuungsleistung von 40 % sei es ihr auch nicht möglich, ihr Pensum aufzustocken. Damit habe die Vorinstanz die bundesrechtlichen Bemessungsgrundsätze für den Kinderunterhalt vollständig missachtet.

### **E. 2**

Es wird festgestellt, dass sich die Eltern bezüglich des persönlichen Kontakts zwischen der Mutter und dem Sohn jeweils einvernehmlich absprechen, wobei die Interessen und Wünsche von A. \_\_\_ angemessen zu berücksichtigen sind. Für den Konfliktfall werden folgende Mindestregeln festgehalten: Phase 1: ab sofort und bis zum Kindergarteneintritt von A. \_\_\_ im August 2021 Die Mutter ist berechtigt und verpflichtet, den gemeinsamen Sohn jedes Wochenende von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr, sowie jeden Mittwochabend, 18.00 Uhr, bis Donnerstagmittag, 12.00 Uhr, zu sich auf Besuch sowie vier Wochen pro Jahr während der Schulferien zu bzw. mit sich in die Ferien zu nehmen. Phase 2: ab dem Kindergarteneintritt von A. \_\_\_ im August 2021 Die Mutter ist berechtigt und verpflichtet, den gemeinsamen Sohn jedes Wochenende von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr, zu sich auf Besuch sowie vier Wochen pro Jahr während der Schulferien zu bzw. mit sich in die Ferien zu nehmen.

### **E. 3**

Der Berufungsbeklagte macht geltend, die Berufungsklägerin 2 versuche mit allerlei formellen Argumenten das vorinstanzliche Urteil in Frage zu stellen. Dabei unterlasse sie es, die wesentlichen Leitlinien aufzuzeigen. Der Sohn lebe seit seinem vierten Lebensmonat in der faktischen Obhut des Berufungsbeklagten. Dies sei die Folge der äusserst unsteten Lebensführung der Berufungsklägerin 2 gewesen. Sie übe heute ein Besuchsrecht aus. Es gehe hier allein darum, ob dem Kind, das sich gemäss übereinstimmenden Aussagen beider Parteien prächtig entwickelt habe, ein Obhutswechsel, verbunden mit einem Wohnsitz- und Schulwechsel, zugemutet werden solle, nur, weil die Kindsmutter es so wünsche. Dafür gebe es keine Veranlassung.

Es liege am Berufungsgericht, ob eine Verhandlung durchgeführt werden solle. Nachdem vorliegend jedoch bereits die Schlichtung gescheitert sei, ebenso die Versuche der instruierenden Richterin eine Einigung zu erzielen und die Parteien auch keine Einigung

mittels der angeordneten Beratung erzielt hätten, erachte er es nicht als notwendig, noch einmal eine Verhandlung durchzuführen.

Die Berufungsklägerin 2 führe selber aus, dass die Sachverhaltsfeststellung der Vorderrichterin in Bezug auf die Vereinbarung vom 13. Dezember 2018 korrekt sei. Die Behauptung, dass sie diese nur unterschrieben habe, weil sie unter Druck gestanden habe, werde erneut bestritten. Fakt sei, dass die Berufungsklägerin 2 die Vereinbarung unterzeichnet habe, weil sie nicht in der Lage gewesen sei, das Kind zu betreuen. Die Vereinbarung sei auch gelebt worden. Der Berufungsbeklagte habe damit lediglich dem Wunsch der Berufungsklägerin 2 entsprochen. Dass die Vereinbarung weder vom Gericht noch von der KESB genehmigt worden sei, habe auf die Sachlage keinen Einfluss. Das Gericht habe nicht «blindlings» auf die Angaben des Berufungsbeklagten abgestellt, sondern habe die aktuelle Situation gewürdigt.

Vorliegend sei es nicht darum gegangen, eine Umteilung des Kindes vorzunehmen, sondern eine seit Jahr und Tag gelebte Obhutsregelung sei vom Gericht genehmigt worden. Es bestehe auch im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes keinen Anspruch darauf, dass unnötige Beweismittel abgenommen und unnötige Abklärungen vorgenommen würden. Zudem gelte auch in diesem Bereich die Wahrung des Kindeswohls, zumal eine Begutachtung für ein Kind immer eine grosse Belastung darstelle. Im vorinstanzlichen Verfahren habe die Berufungsklägerin 2 nie begründet, weshalb ein kinderpsychologisches Gutachten notwendig sei. Die nun nachgeschobene Begründung sei verspätet und ändere nichts an der Sachlage. Die Behauptung der Berufungsklägerin 2, die aktuelle Betreuungssituation könne von A. \_\_\_ als Ablehnung der eigenen Mutter empfunden werden, sei von aussen betrachtet an den Haaren herbeigezogen. Die Argumentation ziele ins Leere und sei widersprüchlich, zumal auch sie auf Drittbetreuung zurückgreifen müsste.

Die Berufungsklägerin könne nicht erst in zweiter Instanz beantragen, dass ein nicht urteilsfähiges Kind angehört werde. Vorinstanzlich habe sie das zu Recht nicht beantragt, da das Kind nicht in der Lage sein dürfte, relevante Aussagen zu machen. Die Vorinstanz habe nicht nur die Aussagen des Berufungsbeklagten berücksichtigt, sondern auch, dass dieser den Sohn bereits seit 2018 zur Hauptsache betreue. Einen Grossteil der Betreuung leiste er sodann persönlich, da er im Schichtbetrieb arbeite. Wenn er an den Wochenenden arbeite, werde der Sohn von der Berufungsklägerin 2 betreut. Deren Ausführungen seien auch deshalb nicht zielführend, weil es keine Rolle spiele, ob er den Sohn selber betreue oder Drittbetreuungsangebote nutze, wie das auch bei der Berufungsklägerin 2 der Fall wäre. Unrichtig sei, dass ein Kindermädchen angestellt worden sei. Ab und zu werde eine Jugendliche als Babysitterin beigezogen, so wie in jeder Familie.

Es stehe im Ermessen des Gerichts, ob es eine Kindesvertretung einsetzen wolle. Die Berufungsklägerin hätte auch anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung einen entsprechenden Antrag stellen können. Tatsächlich habe sich die Einsetzung einer solchen nicht aufgedrängt, da die bestehende Obhutsregelung bestätigt worden sei. Der Berufungsklägerin gehe es offensichtlich darum, einen ihr missliebigen Entscheid mit formalen Haarspaltereien korrigieren zu wollen. Massgebend sei für die Vorderrichterin vor allem gewesen, dass die aktuelle Situation seit drei Jahren bestehe. Die Berufungsklägerin 2 wolle nicht einfach einen missliebigen Entscheid, sondern die bisher gelebte Betreuung auf den Kopf stellen. Der Grundsatz der Kontinuität verlange, dass eine bewährte Lösung beibehalten werde.

Die Berufungsklägerin 2 habe sich immer kategorisch gegen die alternierende Obhut gewehrt. Der Umstand, dass das Kind inzwischen in den Kindergarten eingeschult worden sei sowie die Distanz zwischen den Wohnsitzen beider Eltern spreche gegen eine solche Obhutslösung. Dass die Berufungsklägerin 2 nach wie vor nicht in der Lage sei, zwischen ihren Bedürfnissen und denjenigen des Sohnes zu unterscheiden, zeige die vorliegende Berufungsschrift. Der Sohn habe in [...] die Spielgruppe besucht und besuche nun da den Kindergarten. Würde ihrem Antrag stattgegeben, würde er völlig unnötig aus der vertrauten Umgebung herausgerissen und von seinem Halbbruder getrennt, mit dem er viel Zeit verbringe.

Es werde nicht bestritten, dass der Berufungskläger 1 jeweils Mühe mit der Trennung von der Mutter habe, aber umgekehrt eben auch, was ein altersgemäss völlig normales Verhalten des Kindes sei. Da kein Grund für die Änderung der Obhutsregelung bestehe, gebe es auch keinen Grund, die Unterhaltsregelung zu ändern. Unverständlich seien die Ausführungen, dass ein Unterhaltsanspruch bestehe, obwohl der Berufungsbeklagte sämtliche Auslagen für den Berufungskläger 1 bestreite und den Hauptanteil des Naturalunterhalts leiste. Die Berufungsklägerin 2 sei entgegen der ständigen Praxis wegen mangelnder Leistungsfähigkeit zu keinen Unterhaltsbeiträgen verpflichtet worden, was der Berufungsbeklagte derzeit akzeptiere. Dass er nun auch noch einen Unterhaltsbeitrag an die Berufungsbeklagte 2 leisten solle, entbehre jeglicher Grundlage. Daran ändere auch das Einkommensgefälle zwischen den Parteien nichts.

Die Bedarfszahlen der Berufungsklägerin 2 seien irrelevant, da sie nicht zu Unterhaltsbeiträgen an den Sohn verpflichtet worden sei. Die von ihr angestellte Bedarfsrechnung sei rein hypothetisch. Sämtliche Kinderkosten mit Ausnahme der Ernährung während der Zeit bei der Berufungsklägerin 2 trage der Berufungsbeklagte. Eine alternierende Obhut habe die Berufungsklägerin 2 abgelehnt. Ein solches Modell könnte nach der Einschulung des Sohnes auch nicht mehr umgesetzt werden. Die Berufungsklägerin 2 habe es in der Hand, ihr Pensum auf 100 % aufzustocken, da sie den Sohn lediglich am Wochenende betreue.

4.1 In grundsätzlicher Hinsicht ist vorweg festzuhalten, dass das Berufungsverfahren keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens darstellt, sondern nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet ist. Es gilt das Rügeprinzip (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1, vgl. auch Pra 2013 Nr. 4). Die Partei, die ein Rechtsmittel einlegt, muss die Fehlerhaftigkeit der angefochtenen Begründung darlegen. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung.

4.2 In der schriftlichen Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, beziehungsweise an einem der genannten Mängel leidet (Art. 311 ZPO). Das setzt voraus, dass die Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die sie anfechten, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigen, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, beziehungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Dabei können sie sich nicht auf allgemeine Kritik am vorinstanzlichen Urteil beschränken. Sie müssen die von ihnen

kritisierten Passagen des Entscheids wie auch die Dossierunterlagen, auf die sie ihre Kritik stützen, genau bezeichnen. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht. Davon sind sie auch in Fällen, in denen die Untersuchungsmaxime zur Anwendung kommt, nicht befreit. Fehlt die Begründung ganz, wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten (BGE 137 III 617 E. 4.2.2). Es genügt auch nicht, dass in der Berufung allgemein angebliche Fehler des vorinstanzlichen Entscheids aufgelistet und diese pauschal gerügt werden. Vielmehr muss für die Rechtsmittelinstanz verständlich und nachvollziehbar dargelegt werden, welche vorinstanzlichen Fehler mit welchem Rügegrund angefochten werden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich ■ abgesehen von offensichtlichen Mängeln ■ grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2, mit weiteren Hinweisen).

Diesen Erfordernissen genügt die Berufung nicht überall, worauf im Folgenden einzugehen ist.

#### **E. 4**

Die Berechnung der Unterhaltsbeiträge basiert auf einem monatlichen Einkommen der Mutter von CHF 3'345.65 (75%-Pensum) und einem monatlichen Einkommen des Vaters von CHF 8'266.00 (exkl. Mietzinseinnahmen).

##### **E. 4.1**

In grundsätzlicher Hinsicht ist vorweg festzuhalten, dass das Berufungsverfahren keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens darstellt, sondern nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet ist. Es gilt das Rügeprinzip (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1, vgl. auch Pra 2013 Nr. 4). Die Partei, die ein Rechtsmittel einlegt, muss die Fehlerhaftigkeit der angefochtenen Begründung darlegen. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung.

##### **E. 4.2**

In der schriftlichen Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, beziehungsweise an einem der genannten Mängel leidet (Art. 311 ZPO). Das setzt voraus, dass die Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die sie anfechten, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigen, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, beziehungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Dabei können sie sich nicht auf allgemeine Kritik am vorinstanzlichen Urteil beschränken. Sie müssen die von ihnen kritisierten Passagen des Entscheids wie auch die Dossierunterlagen, auf die sie ihre Kritik stützen, genau bezeichnen. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht. Davon sind sie auch in Fällen, in denen die

Untersuchungsmaxime zur Anwendung kommt, nicht befreit. Fehlt die Begründung ganz, wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten (BGE 137 III 617 E. 4.2.2). Es genügt auch nicht, dass in der Berufung allgemein angebliche Fehler des vorinstanzlichen Entscheids aufgelistet und diese pauschal gerügt werden. Vielmehr muss für die Rechtsmittelinstanz verständlich und nachvollziehbar dargelegt werden, welche vorinstanzlichen Fehler mit welchem Rügegrund angefochten werden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2, mit weiteren Hinweisen). Diesen Erfordernissen genügt die Berufung nicht überall, worauf im Folgenden einzugehen ist.

5. Gemäss der Bestimmung von Art. 273 Abs. 1 ZGB haben ein Elter, dem die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht, das in erster Linie dem Interesse des Kindes dient. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist das Kindeswohl. Das Gericht hat sich deshalb in erster Linie an den Bedürfnissen des Kindes zu orientieren; die Interessen der Eltern haben hinter dem vorrangig massgebenden Kindeswohl zurückzutreten. In diesem Sinn hat auch der persönliche Verkehr zum Zweck, die positive Entwicklung des Kindes zu gewährleisten und zu fördern. In der Entwicklung des Kindes sind seine Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, da sie bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können (Urteil des Bundesgerichts 5A\_373/2018 vom 8. April 2019, E. 3.1, vgl. auch BGE 142 III 617, E. 3.2.3).

6. Vorliegend ist unbestritten geblieben, dass der Berufungskläger 1 seit mindestens 2018 hauptsächlich bei seinem Vater in [...] lebt, wo er seit Januar 2019 auch angemeldet ist. Beide Eltern sind sorgeberechtigt. Eine von einem Gericht oder der KESB genehmigte Obhutsregelung liegt nicht vor. Die Kindseltern regelten die Obhut über den Sohn und seinen Unterhalt in einer von beiden unterzeichneten Vereinbarung. Über die Betreuungsanteile verständigten sie sich laufend. Die Obhut über den Berufungskläger 1 ist daher vorliegend erstmals in einer vom Kindesrecht vorgesehenen Form zu regeln. Die Mutter reklamiert die alleinige Obhut über den Sohn.

## **E. 5**

Gemäss der Bestimmung von Art. 273 Abs. 1 ZGB haben ein Elter, dem die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht, das in erster Linie dem Interesse des Kindes dient. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist das Kindeswohl. Das Gericht hat sich deshalb in erster Linie an den Bedürfnissen des Kindes zu orientieren; die Interessen der Eltern haben hinter dem vorrangig massgebenden Kindeswohl zurückzutreten. In diesem Sinn hat auch der persönliche Verkehr zum Zweck, die positive Entwicklung des Kindes zu gewährleisten und zu fördern. In der Entwicklung des Kindes sind seine Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, da sie bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können (Urteil des Bundesgerichts 5A\_373/2018 vom 8. April 2019, E. 3.1, vgl. auch BGE 142 III 617, E. 3.2.3).

6. Vorliegend ist unbestritten geblieben, dass der Berufungskläger 1 seit mindestens 2018 hauptsächlich bei seinem Vater in [...] lebt, wo er seit Januar 2019 auch angemeldet ist. Beide Eltern sind sorgeberechtigt. Eine von einem Gericht oder der KESB genehmigte Obhutsregelung liegt nicht vor. Die Kindseltern regelten die Obhut über den Sohn und seinen Unterhalt in einer von beiden unterzeichneten Vereinbarung. Über die Betreuungsanteile verständigten sie sich laufend. Die Obhut über den Berufungskläger 1 ist daher vorliegend erstmals in einer vom Kindesrecht vorgesehenen Form zu regeln. Die Mutter reklamiert die alleinige Obhut über den Sohn.

7.1 Die Berufungsklägerin 2 beantragt im Berufungsverfahren, dass ein Kinderpsychiatrisches Gutachten über den Sohn einzuholen, dieser anzuhören und eine Kindervertretung zu bestellen sei. Sie macht im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht von sich aus erforscht und lediglich auf die Stellungnahme des Berufungsbeklagten abgestellt.

7.2 In Kinderbelangen gilt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime, d.h. das Gericht ist ohne Rücksicht auf Kostenüberlegungen oder auf die Geschäftslast verpflichtet, alle notwendigen und geeigneten Abklärungen vorzunehmen, um den rechtlich relevanten Sachverhalt zu ermitteln (Art. 296 ZPO). Auch hier bleibt das Sammeln des Prozessstoffs Sache der Parteien und sie sind verpflichtet, an der Erhebung des Sachverhalts mitzuwirken (BGE 128 III 411 E. 3.2.1). Entscheidend ist aber, dass das Gericht auch dann von sich aus tätig werden muss, wenn kein Parteienantrag vorliegt (BGE 107 II 233 E. 2c). Es ist von Amtes wegen verpflichtet, alle rechtserheblichen Umstände zu berücksichtigen, die sich im Laufe des Verfahrens ergeben, auch wenn die Parteien nicht ausdrücklich darauf Bezug genommen haben (BGE 128 III 411 E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 5A\_194/2012 E. 2.4.2, 5A\_722/2007 E. 5.2). Die Pflicht des Gerichts zur Beweisabnahme von Amtes wegen ist indessen nicht schrankenlos (BGE 130 III 180 E. 3.2, 128 III 411 E. 3.2.1; Urteil 5P.367/2006 E. 5.2). Ihm steht ein weites Ermessen zu. Entscheidend ist, ob das Wohl des Kindes weitere Abklärungen erfordert (BGE 114 II 200 E. 3, 122 I 53 E. 4a; Urteil des Bundesgericht 5A\_65/2009 E. 4.3). Eine willkürfreie antizipierte Beweiswürdigung ist nicht ausgeschlossen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 f., 131 I 153 E. 3, 124 I 208 E. 4a; Urteile des Bundesgerichts 5A\_164/2013 E. 2.3, 5A\_656/2011 E. 2.3, 5A\_402/2011 E. 3.1, 5A\_42/2009 E. 3, 5A\_160/2009 E. 3.2, 5C.207/2004 E. 2.1). Das Gericht kann deshalb auf die Aufnahme weiterer Beweise verzichten, wenn es über genügend Grundlagen für eine sachgerechte Entscheidung verfügt (BGE 130 III 734 E. 2.2.3, 122 I 53 E. 4a; Urteil des Bundesgerichts 5C.299/2001 E. 2b/aa, 5C.71/2005 E. 4.2).

7.3 Die Anhörung des Kindes ist Ausfluss seiner Persönlichkeit und somit ein höchstpersönliches Recht (dazu insb. Thomas Schütt, Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren, Diss. Zürich 2002, S. 50 ff.). Sobald das Kind urteilsfähig ist, nimmt es seinen Anspruch selbst wahr; ab diesem Stadium erhält der Gehörsanspruch die Komponente eines persönlichen Mitwirkungsrechts, welches das Kind insbesondere berechtigt, (auch im Verfahren seiner Eltern) die Anhörung zu verlangen, soweit es betroffen ist (a.a.O., S. 51 und 81 ff.; Levante, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren - die Vertretung des Kindes im Besonderen, Diss. St. Gallen 2000, S. 42; Rumo-Jungo, Die Anhörung des Kindes, in: AJP 1999 S. 1579 und 1589; Bodenmann/Rumo-Jungo, Die Anhörung von Kindern, in: FamPra.ch 2003 S. 24). Daneben dient die Anhörung unabhängig vom Alter des Kindes der (von Amtes wegen vorzunehmenden) Ermittlung des Sachverhalts (Reusser, Die Stellung des Kindes im neuen

Scheidungsrecht, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, N. 4.75; Schweighauser, in: Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N. 7 zu Art. 144 ZGB; SCHÜTT, a.a.O., S. 52 f.), weshalb die Eltern die Anhörung des Kindes aufgrund ihrer Parteistellung als Beweismittel anrufen können (Schütt, a.a.O., S. 51 f. und 99; vgl. auch Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1579 und 1589; Bodenmann/Rumo-Jungo, a.a.O., S. 24). In dieser Hinsicht geht aArt. 144 ZGB über Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention hinaus, der ein Meinungsäusserungsrecht in allen das Kind belangenden Verfahren gewährt, soweit dieses fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, was nach der Lehre mit der Urteilsfähigkeit im Sinn von Art. 16 ZGB gleichzusetzen ist (Bräm, Die Anhörung des Kindes im neuen Scheidungsrecht, in: AJP 1999 S. 1570; vgl. auch Birchler, Die Anhörung des Kindes, in: ZVW 2000 S. 239; Schütt, a.a.O., S. 29 ff. und 68; vgl. schliesslich BGE 120 Ia 369 E. 1 S. 371). Der im Rahmen des revidierten Scheidungsrechts am 1. Januar 2000 in Kraft getretene aArt. 144 Abs. 2 ZGB stellte im Sinn der vorstehenden Ausführungen klar, dass Kinder grundsätzlich anzuhören sind, soweit nicht einer der beiden Ausnahmetatbestände - Alter oder andere wichtige Gründe - gegeben ist (vgl. namentlich: Levante, a.a.O., S. 43; Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1581).

In der Praxis hat sich die Regel gebildet, dass Kinder unter sechs bis sieben Jahren nicht angehört werden, zumal sie nicht in der Lage sind, sich eine eigene Meinung zu bilden. Auch der überwiegende Teil der Lehre plädiert dafür, die Kinder nicht vor sechs bzw. sieben Jahren anzuhören (vgl. BGE 131 III 553 E. 1.2.1). Das Bundesgericht hat es in Urteil 5P.112/2001 (E. 4) als nicht willkürlich betrachtet, auf die Anhörung eines 9 ½ jährigen Kindes zu verzichten.

Der Sohn der Parteien ist gerade fünf Jahre alt geworden. Aufgrund seines Alters ist er nicht in der Lage, die Tragweite einer Anhörung zu erfassen und sich im Hinblick auf die im Streit liegende Obhutsregelung eine eigene Meinung zu bilden. Auch die Berufungsklägerin 2 bestreitet nicht, dass der Sohn urteilsunfähig ist. Es ist unter diesen Umständen unklar, was mit seiner Anhörung erreicht werden soll, zumal unbestritten ist, dass es dem Sohn aktuell gutgeht. Die Berufungsklägerin 2 zeigt nicht auf, inwiefern die Aussagen des Kindes unter diesen Umständen für die Beurteilung der Obhutsfrage eine Rolle spielen könnten. Es ist auch nicht ersichtlich, welchen Erkenntnisgewinn das Gericht aus der Erhebung dieses Beweismittels im Hinblick auf die Entscheidung ziehen könnte. Mithin ist die Anhörung des Kindes im konkreten Fall kein taugliches Beweismittel und es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf seine Anhörung verzichtet hat.

7.4.1 Die Berufungsklägerin 2 beantragt ausserdem, über den Sohn sei ein Kinderpsychiatrisches Gutachten einzuholen, um über die Obhutsfrage entscheiden zu können.

Das Einholen eines Gutachtens ist eine Beweissmassnahme, welche die Behörde aufgrund eines Antrags einer Partei oder des im Kindesrecht geltenden Untersuchungsgrundsatzes anordnen kann, aber nicht muss; der Entscheid darüber liegt im pflichtgemässen Ermessen des zuständigen Gerichts (Urteil des Bundesgerichts 5C.210/2000, E. 2c, publ. in: FamPra 2001 S. 606; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, N. 18 zu Art. 145 ZGB; Hegnauer, Berner Kommentar, N. 49 zu Art. 275 ZGB).

Es gilt auch im Untersuchungsverfahren der allgemeine Grundsatz, dass rechtserhebliche, streitige Tatsachen Gegenstand des Beweises sind (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Dies setzt entsprechende substantiierte Tatsachenbehauptungen voraus, die von der Gegenseite

genügend substantiiert bestritten werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_299/2015 E. 2.3 mit Hinweisen). Im Rahmen von Art. 296 ZGB hat das Gericht von sich aus Beweise zu erheben die entscheidungswesentlich sind. Es hat vor allem dort aktiv zu werden und den Sachverhalt besser abzuklären, wo noch Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, sei es, dass es von einer Partei auf solche ■ wirkliche oder vermeintliche ■ Fehler hingewiesen wird, sei es, dass es sie selbst feststellt (BGE 100 V 61 E. 4). Dabei würdigt es die ihm bedeutsam erscheinenden Gegebenheiten frei (BGE 128 III 411 E. 3.2.1, Pra 2003 Nr. 5; 140 III 485 E. 3.3).

7.4.2 Nach dem oben Gesagten steht dem Gericht im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes ein weites Ermessen zu, welche Beweismittel es anordnen will. Vorausgesetzt ist jedoch, dass aus Sicht des Gerichts Unsicherheiten oder Unklarheiten im Sachverhalt bestehen.

Die Berufungsklägerin 2 begründet ihren Antrag damit, dass die Vorderrichterin auf die Aussagen des Berufungsbeklagten über die persönliche Betreuung abgestellt habe und beruft sich auf die in Kinderbelangen geltende *Offizialmaxime*. Eine Kindeswohlgefährdung macht sie nicht geltend. Eine solche ist aktuell auch nicht ersichtlich. Im Rahmen der Parteibefragung sagte die Mutter auf die Frage der Vorsitzenden nach dem Befinden des Sohnes aus, dass es ihm derzeit «soweit gut» gehe (Aktenseite, AS 43, Zeile, Z. 22 f.), was vom Berufungsbeklagten bestätigt wurde (AS 43, Z. 25). Tatsächlich schilderte keine Partei Auffälligkeiten im Verhalten des Sohnes. Unbestritten ist, dass er sich manchmal mit dem Wechsel von der Mutter zum Vater oder umgekehrt schwertut und dann motiviert werden muss (AS 45 Z. 141 ff.).

Allein die Tatsache, dass der Staat den Sachverhalt von Amtes wegen ermitteln muss, macht eine bestimmte Beweismassnahme nicht per se notwendig. Vielmehr ist auch im Bereich der *Offizialmaxime* deren Notwendigkeit zu prüfen. Auszugehen ist vorliegend von der übereinstimmenden Aussage der Parteien, dass es dem Sohn derzeit gut geht. Die Berufungsklägerin 2 zweifelt die Aussagen des Berufungsbeklagten über dessen persönliche Betreuung des Sohnes an und behauptet, die aktuelle Betreuungssituation führe dazu, dass dieser in einen Loyalitätskonflikt gerate, weil sie ihn nicht mehr betreue. Der Berufungsbeklagte weist andererseits darauf hin, dass die Erstellung eines Kinderpsychiatrischen Gutachtens auch einen Stressfaktor für das betroffene Kind darstellt, was ebenso wie der Kostenfaktor zu berücksichtigen sei. Selbstredend dürfe beides keine Rolle spielen, wenn eine Kindeswohlgefährdung im Raum stehe. Ist dies nicht der Fall, dürften diese Aspekte nicht ausser Acht gelassen werden, zumal letztlich die Parteien die Kosten für die Beweisführung tragen müssten.

Vorliegend behauptet keine Partei eine aktuelle Gefährdung des Kindeswohls des Berufungsklägers 1 und auch die Vorinstanz hat keine Anhaltspunkte für eine solche festgestellt. Der Berufungskläger 1 wird zur Hauptsache durch seine Eltern (Vater und Mutter) und ergänzend durch das nahe Umfeld des Vaters (Freundin, Familie) betreut. Verhaltens- und/oder Entwicklungsauffälligkeiten des Sohnes werden von keiner Seite behauptet. Unter diesen Umständen ist im Rahmen des der Vorinstanz zustehenden Ermessens nicht zu beanstanden, dass sie kein Kinderpsychiatrisches Gutachten über den Berufungskläger 1 eingeholt hat. Es sind auch keine Gründe ersichtlich, weshalb das nun im Berufungsverfahren nachgeholt werden müsste.

7.5 Weiter beantragt die Berufungsklägerin 2, es sei für den Berufungskläger 1 eine Kindervertretung gemäss Art. 314a Abs. 2 Ziff. 2 ZGB zu bestellen. Bei der Vorinstanz hat sie keine solche verlangt. Es kann offengelassen werden, ob das Beweismittel aufgrund der Officialmaxime im Berufungsverfahren noch beantragt werden kann, zumal die Berufungsklägerin auch hier nicht aufzeigt, weshalb eine solche vonnöten ist.

Eine Kindesvertretung ist grundsätzlich nur notwendig, wenn sie dem Gericht effektiv zusätzliche Unterstützung und Entscheidungshilfen bieten könnte bei der Frage, ob im Einzelfall das Kindeswohl eine bestimmte Regelung oder Massnahme (Sorgerecht, Obhut oder persönlicher Verkehr) erfordert oder einer solchen entgegensteht (BGE 142 III 153 E. 5.1.2). Die Kindesvertretung ist einzig dem Kindeswohl verpflichtet. Dieses ist vorliegend nicht gefährdet, zumal das Kind nach den Feststellungen der Vorinstanz bei beiden Eltern gut aufgehoben ist. Etwas anderes behauptet auch die Berufungsklägerin 2 nicht. Auf die Einsetzung einer Kindesvertretung kann daher verzichtet werden.

8.1 Unter dem Begriff "Obhut" verstand man bis zur Revision des Kindesrechts vom 21. Juni 2013 einerseits die rechtliche Obhut als das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (vgl. BGE 136 III 353 E. 3.2). Auch wurde darunter die sog. faktische Obhut verstanden im Sinne des tatsächlichen Zusammenlebens mit dem Kind in einer häuslichen Gemeinschaft (vgl. Art. 301 Abs. 3 ZGB). Seit dem 1. Juli 2014 ist das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, grundsätzlich untrennbar mit der elterlichen Sorge verbunden (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Der Begriff der Obhut hat damit einen inhaltlichen Wandel erfahren und beschränkt sich aktuell auf die faktische Obhut ("garde de fait"), d.h. auf die Befugnis zur täglichen Betreuung des Kindes und auf die Ausübung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dessen Pflege und laufender Erziehung (BGE 142 III 612 E. 4.1).

Sind die Kindseltern wie hier unverheiratet, so können sie gemäss Art. 298a Abs. 1 und 2 ZGB gegenüber dem Zivilstandsamt erklären, dass sie sich über die gemeinsame elterliche Sorge sowie, über die Obhut und den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile des Kindes und die Tragung der Unterhaltskosten geeinigt haben. Spätere Erklärungen mit diesem Inhalt sind an die Kindesschutzbehörde am Wohnort des Kindes zu richten (Art. 298a Abs. 4 ZGB).

8.2 Vorliegend haben die Kindseltern kurz nach der Geburt des Berufungsklägers 1 gegenüber dem Zivilstandsamt eine entsprechende Erklärung abgegeben und bestätigt, dass sie sich über die Obhut und den persönlichen Verkehr geeinigt hätten (Schlichtungsbeilage 2 der Berufungskläger). Die entsprechende Vereinbarung hatten sie bereits vor der Geburt des Sohnes abgeschlossen (Schlichtungsbeilage 3 der Berufungskläger). Bereits ab dem 4. Lebensmonat des Sohnes übernahmen der Vater und der Grossvater väterlicherseits einen wesentlichen Anteil der Kindsbetreuung (unbestritten gebliebene Sachverhaltsdarstellung des Beklagten gemäss Beweissatz 4 der Klageantwort). Am 13. Dezember 2018 schlossen die Parteien bilateral eine neue Vereinbarung ab (Schlichtungsbeilage 4 der Berufungskläger), worin sie übereinkamen, dass der Sohn ab Januar 2019 seinen Wohnsitz beim Vater habe, der auch alle Kosten von A.\_\_\_\_ trage, wobei grössere Auslagen zwischen den Eltern besprochen würden. Auf einen Unterhaltsbeitrag der Mutter verzichtete der Vater zu diesem Zeitpunkt ausdrücklich. Die Vereinbarung wurde bei der Kindesschutzbehörde nicht zur Genehmigung eingereicht. Hingegen wurde sie gelebt und die Kindseltern teilten fortan die Betreuung des Sohnes dem Grundsatz nach so auf, dass dieser von Montag bis Freitag durch den Vater und am Wochenende von der Mutter betreut

wird, wobei die Eltern einander im Einzelfall flexibel in der Kinderbetreuung beistehen. Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung bestätigten beide Eltern in der Parteibefragung, dass die Kommunikation gut funktioniere (AS 43 Z. 38 ff.).

8.3.1 Die Berufungsklägerin 2 behauptet, der Berufungsbeklagte habe mit der Vereinbarung vom Dezember 2018 eine Notlage ihrerseits ausgenutzt. Sie hat für diese (bestrittene) Behauptung vorinstanzlich keine Beweise offeriert, so dass die Vorderrichterin zu Recht nicht darauf einging. Im Berufungsverfahren erneuert sie diese Behauptung. Sie zeigt jedoch diesbezüglich weder einen Fehler in der Sachverhaltsermittlung der Vorinstanz auf noch wie sich dieser Umstand gegebenenfalls auf die heute in Frage stehende Obhutsregelung hätte auswirken können, die sich allein nach dem Kindeswohl richtet. Das ist auch nicht ersichtlich.

8.3.2 Unbestritten ist, dass die Vereinbarung der Parteien nicht von einem Gericht oder der KESB genehmigt wurde. Es geht daher tatsächlich nicht darum, eine rechtlich verbindliche Obhutsregelung abzuändern, wie auch die Vorinstanz festgestellt hat. Hingegen ist der seit mehreren Jahren gelebte status quo unter dem Aspekt des Kindeswohls auch bei einer erstmalig festzulegenden Betreuungsregelung zu beachten. Stabile Lebensverhältnisse liegen im Interesse des Kindes (Urteile des Bundesgerichts 5C.34/2006 E. 1.1; 5A\_428/2014 E. 6.2) und sind als Aspekt bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen. A.\_\_\_\_ ist in die Familie des Berufungsbeklagten integriert, wo er mit diesem, dessen Freundin und dem jüngeren Halbbruder aufwächst und mittlerweile in den Kindergarten eingeschult wurde. Der Umstand der Kontinuität und der Stabilität ist zu Gunsten der Weiterführung der gelebten Vereinbarung zu gewichten. Hinzu kommt, dass der Berufungskläger 1 beim Vater mit seinem nur gut ein Jahr jüngeren Halbbruder aufwächst, was ebenfalls für die Beibehaltung der aktuellen Regelung spricht.

8.3.3 Die Berufungsklägerin 2 macht geltend, dass es für ein Kleinkind nicht verständlich sei, dass es beim Vater von Drittpersonen (mit-)betreut werde, obwohl sie als Kindsmutter willens und fähig sei, die Kinderbetreuung zu übernehmen. Sie befürchtet, dass er aufgrund der aktuellen Betreuungssituation (Mitbetreuung durch die Lebenspartnerin des Kindsvaters und deren Eltern) in Loyalitätskonflikte geraten könnte.

Es darf bezweifelt werden, dass ein urteilsunfähiges Kind von fünf Jahren solche Überlegungen anstellt. Sollten solche Fragen in einem späteren Zeitpunkt einmal aktuell werden, ist es an den Eltern, dem Sohn diese kindgerecht zu beantworten.

Im Zusammenhang mit dem Verweis auf die Drittbetreuung ist darauf hinzuweisen, dass auch die Berufungsklägerin 2 auf Drittbetreuung angewiesen wäre, falls ihr antragsgemäss die alleinige Obhut über den Sohn zugeteilt würde. Das scheint ihr klar zu sein, zumal sie bereits vorinstanzlich monatliche Kosten von CHF 1'440.00 für eine solche geltend gemacht hat. Seit Sommer 2021 ist der Sohn in den Kindergarten eingeschult und dem hauptbetreuenden Elternteil ist jedenfalls eine Erwerbstätigkeit von (mindestens) 50 % zuzumuten, so dass eine ergänzende Drittbetreuung naheliegt. Das Argument der Eigenbetreuung vor Drittbetreuung verfängt auch deshalb nicht, weil das Bundesgericht schon vor längerer Zeit festgehalten hat, dass Eigen- und Fremdbetreuung gleichwertig seien (Urteil des Bundesgerichts 5A\_336/2015 E. 4.4). Wesentlich ist vielmehr, dass die Betreuung zuverlässig und kindgerecht geregelt ist, was hier ausser Frage steht.

Die Berufungsklägerin 2 macht weiter geltend, die Vorinstanz habe die Angaben des Berufungsbeklagten zu seinem persönlichen Betreuungsanteil nicht hinterfragt. Das ist

aktenwidrig. Dem Protokoll der Hauptverhandlung ist zu entnehmen, dass die Gerichtspräsidentin den Berufungsbeklagten ausführlich zum persönlichen Betreuungsanteil befragt hat. Die Berufungsklägerin 2 hat dazu weder Ergänzungsfragen (vgl. Protokoll der Parteibefragung, AS 42 ff.) noch ergänzende Beweisanträge gestellt (vgl. Protokoll der Hauptverhandlung, AS 50 ff.). Ihre diesbezüglichen Behauptungen substantiiert sie auch im Berufungsverfahren nicht, weshalb darauf nicht einzugehen ist. Im Licht des oben zitierten Bundesgerichtsentscheids ist die persönliche Betreuung des Kindes ohnehin nur einer von mehreren Aspekten der Kinderzuteilung.

8.3.4 Die Berufungsklägerin 2 moniert schliesslich die Feststellung der Vorinstanz, dass die alternierende Obhut keine Option darstelle als nicht überzeugend. Diesbezüglich verhält sie sich widersprüchlich. Sie hat erst- und zweitinstanzlich die alleinige Obhut über den Berufungskläger 1 beantragt, dasselbe der Berufungsbeklagte. Noch im Rahmen des Parteivortrags vor der Vorinstanz liess die Berufungsklägerin 2 ausführen: «Vorliegend bietet sich die alternierende Obhut nicht an (AS 54).» Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, was sie mit dieser Rüge erreichen will. Die Feststellung der Vorinstanz ist schlüssig. Es macht keinen Sinn die alternierende Obhut gegen den ausdrücklichen Willen beider Eltern anzuordnen, obwohl das im Rahmen der Officialmaxime grundsätzlich möglich wäre. Die alternierende Obhut verlangt nach einer erhöhten Kooperation der Eltern in Erziehungs- und Betreuungsfragen. Dieser Wille scheint bei den Kindseltern zu fehlen, nachdem sie sich während des gesamten, mittlerweile zweieinhalb Jahre dauernden Verfahrens (inkl. Schlichtungsverhandlung), trotz Beratung bei einer Fachstelle und Vermittlungsbemühungen beider involvierter Gerichtspräsidenten nicht zu einem entsprechenden gemeinsamen Antrag hatten durchbringen können.

9.1 Die Berufungskläger machen schliesslich Unterhalt geltend. Soweit dieser Antrag an die Zuteilung der alleinigen Obhut an die Berufungsklägerin 2 geknüpft ist, braucht darauf aufgrund der Abweisung dieses Antrags nicht eingetreten zu werden.

9.2 Hingegen machen die Berufungskläger geltend, die Vorinstanz habe ihren Unterhaltsanspruch für den Fall der Beibehaltung des aktuellen Betreuungsumfangs nicht geprüft. Das ist unzutreffend. Der Berufungsbeklagte hat die alleinige Obhut über den Berufungskläger 1, mithin erbringt er seinen Unterhaltsbeitrag in natura bzw. in der Bereitstellung einer Drittbetreuung. Steht das Kind unter der alleinigen Obhut des einen Elternteils, lebt es in dessen Haushalt und betreut der andere Elternteil das Kind im Rahmen des Besuchs- und Ferienrechts, so leistet der obhutsberechtigte Elternteil seinen Unterhaltsbeitrag bereits vollständig in natura, indem er dem Kind Pflege und Erziehung erweist (sog. Naturalunterhalt). Diesfalls fällt der Geldunterhalt vor dem Hintergrund der Gleichwertigkeit von Geld- und Naturalunterhalt (BGE 114 II 26 E. 5b S. 29; 135 III 66 E. 4 S. 71; ausdrücklich bestätigt auch für den geänderten Wortlaut von Art. 276 Abs. 2 ZGB im Urteil 5A\_727/2018 vom 22. August 2019 E. 4.3.2.1) vom Grundsatz her vollständig dem anderen Elternteil anheim. Davon kann abgewichen werden, wenn der hauptbetreuende Elternteil leistungsfähiger ist als der andere (Urteile des Bundesgerichts 5A\_311/2019 E. 8.3; 85A\_584/2018 E. 4.3; 5A\_583/2018 E. 5.1 a.E.; 5A\_339/2018 E. 5.4.3; 5A\_727/2018 E. 4.3.2.2).

Nach der zitierten Bundesgerichtspraxis ist vorliegend in erster Linie die Berufungsklägerin 1 gegenüber dem Berufungskläger 2 unterhaltspflichtig. Die Vorinstanz hat darauf verzichtet, den Bedarf des Berufungsklägers 2 festzustellen, zumal der Vater für den grundsätzlich unterhaltsberechtigten Sohn gegen die Mutter keinen solchen geltend

gemacht hat.

Der Berufungskläger 1 beziffert zwar seine Unterhaltsforderung für den Fall, dass die Obhut der Berufungsklägerin 2 zugeteilt wird. Soweit er Unterhalt auch für den Fall geltend macht, dass die Obhut beim Berufungsbeklagten bleibt, macht er nur vage Ausführungen darüber, dass während seinem Aufenthalt bei der Berufungsklägerin 2 Auslagen für Grundbedarf, Wohnung, Hobbys etc. anfielen. Ausserdem reklamiert er diesfalls einen Anteil am Überschuss des Vaters. Eine konkrete Bezifferung seiner Forderung für die Auslagen im Rahmen des Betreuungsanteils der Mutter fehlt. Unterhaltsforderungen sind nach ständiger Praxis des Bundesgerichts stets zu beziffern (BGE 137 617 E. 4). Daran ändert auch die in Kinderbelangen geltende Oficialmaxime nichts (Art. 296 Abs. 3 ZGB). Vorliegend lässt sich auch aus der Berufungsbegründung nicht eruieren, welchen Unterhaltsbeitrag der Berufungskläger 1 für den Fall, dass die Obhut beim Vater bleibt, für die Zeit der Betreuung durch die Mutter fordert (Urteil des Bundesgerichts 5A\_164/2019 E 4.3). Aus diesem Grund kann auch in diesem Punkt nicht auf die Berufung eingetreten werden.

### III.

1. Die Berufungskläger haben einen Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege gestellt, der zu bewilligen ist.

2. Gemäss Art. 106 ZPO sind die Prozesskosten i.d.R. der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Vorliegend gibt es keinen Grund davon abzuweichen. Die Berufungsklägerin 2 ist unterlegen, weshalb ihr die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind praxisgemäss auf CHF 1'500.00 festzusetzen. Zufolge der der Berufungsklägerin gewährten unentgeltlichen Rechtspflege werden sie vom Staat Solothurn getragen. Vorbehalten bleibt die Rückforderung gemäss Art. 123 ZPO während 10 Jahren, sobald B. \_\_\_ zur Nachzahlung in der Lage ist.

3. Aufgrund des Ausgangs des Verfahrens hat die Berufungsklägerin die Parteikosten des Berufungsbeklagten zu entschädigen. Dieser macht für das Berufungsverfahren einen Aufwand von 3 Stunden und 55 Minuten und Auslagen von total CHF 118.00 geltend, was moderat ist. Die Parteientschädigung ist folglich wie beantragt auf CHF 1'181.65 festzusetzen.

4. Die Vertreterin der Berufungskläger macht für das Berufungsverfahren einen Aufwand von insgesamt 19 Stunden geltend, was angesichts des Umfangs der vorliegenden Problemstellung viel zu viel ist. Die Obhutzuteilung ist selbstredend für die Parteien eine äusserst wichtige Angelegenheit. Das darf jedoch nicht mit dem für die Ausfertigung der Berufung notwendigen Aufwand gleichgesetzt werden, zumal vorliegend sachverhältnismässig objektiv wenig Differenzen zwischen den Parteien bestehen. Es fällt auf, dass bis zum Versand der Berufung insgesamt 11 Kontakte zwischen Anwältin und Berufungsklägerin 2 mit einer Gesamtdauer von mehr als 2 ½ Stunden (ohne Versand von Orientierungskopien) stattfanden, was auf eine wenig zielgerichtete Instruktion hindeutet. Hinzu kommt, dass ein Grossteil der Kontakte, total deren 7, in die Zeit zwischen dem Antrag auf Begründung des vorinstanzlichen Urteils und dem Versand der Urteilsbegründung stattfanden, mithin in einer Zeit in der für die Parteien keine prozessualen Vorkehrungen zu treffen waren. Diese Aufwendungen sind um 1 Stunde zu kürzen. Auch werden diverse Administrationstätigkeiten zum Anwaltstarif verrechnet, was nicht zugänglich ist (Versand div. Orientierungsmails, Versand Berufung und

Korrespondenz, Weiterleitung Berufungsantwort; SOG 1990 Nr. 18 E. 3). Die Abgeltung solcher Tätigkeiten ist im Anwaltstarif enthalten und wird nicht separat entschädigt. Die Kostennote ist diesbezüglich um 1 ½ Stunden zu kürzen. Insgesamt erscheint ein Aufwand von

#### **E. 6**

Die Klägerin 2 hat dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 500.00 zu bezahlen. Im Übrigen trägt jede Partei ihre Kosten selbst.

#### **E. 7**

Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin der Kläger, Advokatin Martina de Roche, [...], wird auf CHF 3'234.05 (inkl. Auslagen und MwSt.) festgesetzt und ist zufolge unentgeltlicher Rechtspflege vom Staat Solothurn, vertreten durch die Zentrale Gerichtskasse, 4500 Solothurn, zu bezahlen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren, sobald B.\_\_\_\_, zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

#### **E. 7.1**

Die Berufungsklägerin 2 beantragt im Berufungsverfahren, dass ein Kinderpsychiatrisches Gutachten über den Sohn einzuholen, dieser anzuhören und eine Kindervertretung zu bestellen sei. Sie macht im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht von sich aus erforscht und lediglich auf die Stellungnahme des Berufungsbeklagten abgestellt.

#### **E. 7.2**

In Kinderbelangen gilt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime, d.h. das Gericht ist ohne Rücksicht auf Kostenüberlegungen oder auf die Geschäftslast verpflichtet, alle notwendigen und geeigneten Abklärungen vorzunehmen, um den rechtlich relevanten Sachverhalt zu ermitteln (Art. 296 ZPO). Auch hier bleibt das Sammeln des Prozessstoffs Sache der Parteien und sie sind verpflichtet, an der Erhebung des Sachverhalts mitzuwirken (BGE 128 III 411 E. 3.2.1). Entscheidend ist aber, dass das Gericht auch dann von sich aus tätig werden muss, wenn kein Parteienantrag vorliegt (BGE 107 II 233 E. 2c). Es ist von Amtes wegen verpflichtet, alle rechtserheblichen Umstände zu berücksichtigen, die sich im Laufe des Verfahrens ergeben, auch wenn die Parteien nicht ausdrücklich darauf Bezug genommen haben (BGE 128 III 411 E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 5A\_194/2012 E. 2.4.2, 5A\_722/2007 E. 5.2). Die Pflicht des Gerichts zur Beweisabnahme von Amtes wegen ist indessen nicht schrankenlos (BGE 130 III 180 E. 3.2, 128 III 411 E. 3.2.1; Urteil 5P.367/2006 E. 5.2). Ihm steht ein weites Ermessen zu. Entscheidend ist, ob das Wohl des Kindes weitere Abklärungen erfordert (BGE 114 II 200 E. 3, 122 I 53 E. 4a; Urteil des Bundesgericht 5A\_65/2009 E. 4.3). Eine willkürfreie antizipierte Beweiswürdigung ist nicht ausgeschlossen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 f., 131 I 153 E. 3, 124 I 208 E. 4a; Urteile des Bundesgerichts 5A\_164/2013 E. 2.3, 5A\_656/2011 E. 2.3, 5A\_402/2011 E. 3.1, 5A\_42/2009 E. 3, 5A\_160/2009 E. 3.2, 5C.207/2004 E. 2.1). Das Gericht kann deshalb auf die Aufnahme weiterer Beweise verzichten, wenn es über genügend Grundlagen für eine sachgerechte Entscheidung verfügt (BGE 130 III 734 E. 2.2.3, 122 I 53 E. 4a; Urteil des Bundesgerichts 5C.299/2001 E. 2b/aa, 5C.71/2005 E. 4.2).

#### **E. 7.3**

Die Anhörung des Kindes ist Ausfluss seiner Persönlichkeit und somit ein höchstpersönliches Recht (dazu insb. Thomas Schütt, Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren, Diss. Zürich 2002, S. 50 ff.). Sobald das Kind urteilsfähig ist, nimmt es seinen Anspruch selbst wahr; ab diesem Stadium erhält der Gehörsanspruch die Komponente eines persönlichen Mitwirkungsrechts, welches das Kind insbesondere berechtigt, (auch im Verfahren seiner Eltern) die Anhörung zu verlangen, soweit es betroffen ist (a.a.O., S. 51 und 81 ff.; Levante, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren - die Vertretung des Kindes im Besonderen, Diss. St. Gallen 2000, S. 42; Rumo-Jungo, Die Anhörung des Kindes, in: AJP 1999 S. 1579 und 1589; Bodenmann/Rumo-Jungo, Die Anhörung von Kindern, in: FamPra.ch 2003 S. 24). Daneben dient die Anhörung unabhängig vom Alter des Kindes der (von Amtes wegen vorzunehmenden) Ermittlung des Sachverhalts (Reusser, Die Stellung des Kindes im neuen Scheidungsrecht, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, N. 4.75; Schweighauser, in: Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N. 7 zu Art. 144 ZGB; SCHÜTT, a.a.O., S. 52 f.), weshalb die Eltern die Anhörung des Kindes aufgrund ihrer Parteistellung als Beweismittel anrufen können (Schütt, a.a.O., S. 51 f. und 99; vgl. auch Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1579 und 1589; Bodenmann/Rumo-Jungo, a.a.O., S. 24). In dieser Hinsicht geht aArt. 144 ZGB über Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention hinaus, der ein Meinungsäusserungsrecht in allen das Kind belangenden Verfahren gewährt, soweit dieses fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, was nach der Lehre mit der Urteilsfähigkeit im Sinn von Art. 16 ZGB gleichzusetzen ist (Bräm, Die Anhörung des Kindes im neuen Scheidungsrecht, in: AJP 1999 S. 1570; vgl. auch Birchler, Die Anhörung des Kindes, in: ZVW 2000 S. 239; Schütt, a.a.O., S. 29 ff. und 68; vgl. schliesslich BGE 120 Ia 369 E. 1 S. 371). Der im Rahmen des revidierten Scheidungsrechts am 1. Januar 2000 in Kraft getretene aArt. 144 Abs. 2 ZGB stellte im Sinn der vorstehenden Ausführungen klar, dass Kinder grundsätzlich anzuhören sind, soweit nicht einer der beiden Ausnahmetatbestände - Alter oder andere wichtige Gründe - gegeben ist (vgl. namentlich: Levante, a.a.O., S. 43; Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1581). In der Praxis hat sich die Regel gebildet, dass Kinder unter sechs bis sieben Jahren nicht angehört werden, zumal sie nicht in der Lage sind, sich eine eigene Meinung zu bilden. Auch der überwiegende Teil der Lehre plädiert dafür, die Kinder nicht vor sechs bzw. sieben Jahren anzuhören (vgl. BGE 131 III 553 E. 1.2.1). Das Bundesgericht hat es in Urteil 5P.112/2001 (E. 4) als nicht willkürlich betrachtet, auf die Anhörung eines 9 ½ jährigen Kindes zu verzichten. Der Sohn der Parteien ist gerade fünf Jahre alt geworden. Aufgrund seines Alters ist er nicht in der Lage, die Tragweite einer Anhörung zu erfassen und sich im Hinblick auf die im Streit liegende Obhutsregelung eine eigene Meinung zu bilden. Auch die Berufungsklägerin 2 bestreitet nicht, dass der Sohn urteilsunfähig ist. Es ist unter diesen Umständen unklar, was mit seiner Anhörung erreicht werden soll, zumal unbestritten ist, dass es dem Sohn aktuell gutgeht. Die Berufungsklägerin 2 zeigt nicht auf, inwiefern die Aussagen des Kindes unter diesen Umständen für die Beurteilung der Obhutsfrage eine Rolle spielen könnten. Es ist auch nicht ersichtlich, welchen Erkenntnisgewinn das Gericht aus der Erhebung dieses Beweismittels im Hinblick auf die Entscheidung ziehen könnte. Mithin ist die Anhörung des Kindes im konkreten Fall kein taugliches Beweismittel und es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf seine Anhörung verzichtet hat.

7.4.1 Die Berufungsklägerin 2 beantragt ausserdem, über den Sohn sei ein Kinderpsychiatrisches Gutachten einzuholen, um über die Obhutsfrage entscheiden zu können. Das Einholen eines Gutachtens ist eine Beweismassnahme, welche die Behörde aufgrund eines Antrags einer Partei oder des im

Kindesrecht geltenden Untersuchungsgrundsatzes anordnen kann, aber nicht muss; der Entscheid darüber liegt im pflichtgemässen Ermessen des zuständigen Gerichts (Urteil des Bundesgerichts 5C.210/2000, E. 2c, publ. in: FamPra 2001 S. 606; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, N. 18 zu Art. 145 ZGB ; Hegnauer, Berner Kommentar, N. 49 zu Art. 275 ZGB ). Es gilt auch im Untersuchungsverfahren der allgemeine Grundsatz, dass rechtserhebliche, streitige Tatsachen Gegenstand des Beweises sind (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Dies setzt entsprechende substantiierte Tatsachenbehauptungen voraus, die von der Gegenseite genügend substantiiert bestritten werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_299/2015 E. 2.3 mit Hinweisen). Im Rahmen von Art. 296 ZGB hat das Gericht von sich aus Beweise zu erheben die entscheidungswesentlich sind. Es hat vor allem dort aktiv zu werden und den Sachverhalt besser abzuklären, wo noch Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, sei es, dass es von einer Partei auf solche – wirkliche oder vermeintliche – Fehler hingewiesen wird, sei es, dass es sie selbst feststellt (BGE 100 V 61 E. 4). Dabei würdigt es die ihm bedeutsam erscheinenden Gegebenheiten frei (BGE 128 III 411 E. 3.2.1, Pra 2003 Nr. 5; 140 III 485 E. 3.3).

7.4.2 Nach dem oben Gesagten steht dem Gericht im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes ein weites Ermessen zu, welche Beweismittel es anordnen will. Vorausgesetzt ist jedoch, dass aus Sicht des Gerichts Unsicherheiten oder Unklarheiten im Sachverhalt bestehen. Die Berufungsklägerin 2 begründet ihren Antrag damit, dass die Vorderrichterin auf die Aussagen des Berufungsbeklagten über die persönliche Betreuung abgestellt habe und beruft sich auf die in Kinderbelangen geltende *Offizialmaxime*. Eine Kindeswohlgefährdung macht sie nicht geltend. Eine solche ist aktuell auch nicht ersichtlich. Im Rahmen der Parteibefragung sagte die Mutter auf die Frage der Vorsitzenden nach dem Befinden des Sohnes aus, dass es ihm derzeit «soweit gut» gehe (Aktenseite, AS 43, Zeile, Z. 22 f.), was vom Berufungsbeklagten bestätigt wurde (AS 43, Z. 25). Tatsächlich schilderte keine Partei Auffälligkeiten im Verhalten des Sohnes. Unbestritten ist, dass er sich manchmal mit dem Wechsel von der Mutter zum Vater oder umgekehrt schwertut und dann motiviert werden muss (AS 45 Z. 141 ff.). Allein die Tatsache, dass der Staat den Sachverhalt von Amtes wegen ermitteln muss, macht eine bestimmte Beweismassnahme nicht per se notwendig. Vielmehr ist auch im Bereich der *Offizialmaxime* deren Notwendigkeit zu prüfen. Auszugehen ist vorliegend von der übereinstimmenden Aussage der Parteien, dass es dem Sohn derzeit gut geht. Die Berufungsklägerin 2 zweifelt die Aussagen des Berufungsbeklagten über dessen persönliche Betreuung des Sohnes an und behauptet, die aktuelle Betreuungssituation führe dazu, dass dieser in einen Loyalitätskonflikt gerate, weil sie ihn nicht mehr betreue. Der Berufungsbeklagte weist andererseits darauf hin, dass die Erstellung eines Kinderpsychiatrischen Gutachtens auch einen Stressfaktor für das betroffene Kind darstellt, was ebenso wie der Kostenfaktor zu berücksichtigen sei. Selbstredend dürfe beides keine Rolle spielen, wenn eine Kindeswohlgefährdung im Raum stehe. Ist dies nicht der Fall, dürften diese Aspekte nicht ausser Acht gelassen werden, zumal letztlich die Parteien die Kosten für die Beweisführung tragen müssten. Vorliegend behauptet keine Partei eine aktuelle Gefährdung des Kindeswohls des Berufungsklägers 1 und auch die Vorinstanz hat keine Anhaltspunkte für eine solche festgestellt. Der Berufungskläger 1 wird zur Hauptsache durch seine Eltern (Vater und Mutter) und ergänzend durch das nahe Umfeld des Vaters (Freundin, Familie) betreut. Verhaltens- und/oder Entwicklungsauffälligkeiten des Sohnes werden von keiner Seite behauptet. Unter diesen Umständen ist im Rahmen des der Vorinstanz zustehenden Ermessens nicht zu beanstanden, dass sie kein Kinderpsychiatrisches Gutachten über den Berufungskläger 1 eingeholt hat. Es sind auch

keine Gründe ersichtlich, weshalb das nun im Berufungsverfahren nachgeholt werden müsste.

### **E. 7.5**

Weiter beantragt die Berufungsklägerin 2, es sei für den Berufungskläger 1 eine Kindervertretung gemäss Art. 314a Abs. 2 Ziff. 2 ZGB zu bestellen. Bei der Vorinstanz hat sie keine solche verlangt. Es kann offengelassen werden, ob das Beweismittel aufgrund der Offizialmaxime im Berufungsverfahren noch beantragt werden kann, zumal die Berufungsklägerin auch hier nicht aufzeigt, weshalb eine solche vonnöten ist. Eine Kindesvertretung ist grundsätzlich nur notwendig, wenn sie dem Gericht effektiv zusätzliche Unterstützung und Entscheidungshilfen bieten könnte bei der Frage, ob im Einzelfall das Kindeswohl eine bestimmte Regelung oder Massnahme (Sorgerecht, Obhut oder persönlicher Verkehr) erfordert oder einer solchen entgegensteht (BGE 142 III 153 E. 5.1.2). Die Kindesvertretung ist einzig dem Kindeswohl verpflichtet. Dieses ist vorliegend nicht gefährdet, zumal das Kind nach den Feststellungen der Vorinstanz bei beiden Eltern gut aufgehoben ist. Etwas anderes behauptet auch die Berufungsklägerin 2 nicht. Auf die Einsetzung einer Kindesvertretung kann daher verzichtet werden.

### **E. 8**

Die Gerichtskosten von CHF 2'000.00 (inkl. Schlichtungskosten von CHF 400.00) hat die Klägerin 2 zu bezahlen. Zuzufolge unentgeltlicher Rechtspflege trägt der Staat Solothurn diese Verfahrenskosten. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren, sobald B.\_\_\_\_, zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO). 3. Am 23. August 2021 reichten Mutter und Sohn (im Folgenden auch Berufungskläger 2 und 1) frist- und formgerecht Berufung gegen das Urteil der Amtsgerichtspräsidentin ein. Sie stellen die folgenden Rechtsbegehren: 1. Es sei in Abänderung der Ziffern 1 und 2 des Urteils des Richteramts Dorneck-Thierstein vom 15. Januar 2021 der Berufungskläger 1 unter die alleinige Obhut der Berufungsklägerin 2 zu stellen und es sei das persönliche Kontaktrecht des Berufungsbeklagten zu regeln, eventualiter seien die Ziffern 1 und 2 des Urteils des Richteramts Dorneck-Thierstein vom 15. Januar 2021 aufzuheben und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. 2. Es sei in Abänderung der Ziffern 3 und 4 des Urteils des Richteramts Dorneck-Thierstein vom 15. Januar 2021 der Berufungsbeklagte zu verpflichten, an den Unterhalt des Berufungsklägers 1 monatliche und monatlich vorauszahlbare Unterhaltsbeiträge in der Höhe von mindestens CHF 2'589.86 zzgl. Kinderzulagen zu bezahlen, eventualiter seien die Ziffern 3 und 4 des Urteils des Richteramts Dorneck-Thierstein vom 15. Januar 2021 aufzuheben und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. 3. Es sei in Abänderung der Ziffern 6 und 8 des Urteils des Richteramts Dorneck-Thierstein vom 15. Januar 2021 die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens vollumfänglich dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen und es sei der Berufungsklägerin 2 eine angemessene Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren zuzusprechen, eventualiter seien die Ziffern 6 und 8 des Urteils des Richteramts Dorneck-Thierstein vom 15. Januar 2021 in diesem Punkt aufzuheben und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. 4. Unter o-/e- Kostenfolge zu Lasten des Beklagten, und es sei der Berufungsklägerin 2 die unentgeltliche Rechtspflege mit der Unterzeichnenden als unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bewilligen. Ausserdem stellen sie die folgenden Verfahrensanträge: 1. Es seien die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens vor dem Richteramt Dorneck-Thierstein (Zeichen: DTZPR.2020.220-ADTMAG) für das vorliegende Verfahren beizuziehen. 2. Es seien die

Parteien zu einer Verhandlung vorzuladen. 5. Der Berufungsbeklagte (im folgenden auch Vater) reichte am 23. September 2021 ebenfalls form- und fristgerecht die Berufungsantwort ein. Er stellt die folgenden Rechtsbegehren: 1. Es sei die Berufung der Kindsmutter vollumfänglich abzuweisen und A.\_\_\_\_, geb. 2016, unter der alleinigen Obhut des Kindsvaters zu belassen. 2. Unter o/e Kostenfolge zu Lasten der Berufungsklägerin 2. II. 1. Die Vorderrichterin hält in ihrem Urteil fest, dass beide Eltern ohne Zweifel erziehungsfähig seien. Die Mutter habe sich zur Zeit der Geburt und in den darauffolgenden Jahren in einer schwierigen Lebenslage befunden. Inzwischen habe sie ihre Schwierigkeiten offenbar überwunden. Sie lebe seit einiger Zeit in derselben Wohnung, habe einen festen Partner und eine feste Teilzeitanstellung. Der Vater lebe schon seit einigen Jahren in einer festen Partnerschaft und in stabilen Lebensverhältnissen. Der neuen Partnerschaft des Vaters sei ein weiterer Sohn, geb. am 2018, entsprossen. Die Familie lebe in einer Liegenschaft in [...], die dem Kindsvater gehöre. Er erziele in der [...] ein solides und geregeltes Erwerbseinkommen. Die Kindseltern hätten die Betreuungszeiten von A.\_\_\_\_ bis anhin gut untereinander absprechen können. Die Mutter betreue den Sohn gemäss den vom Vater eingereichten Tabellen vorwiegend am Wochenende und er meistens unter der Woche. Beide Elternteile hätten bestätigt, dass sie auch flexibel auf die Bedürfnisse des anderen eingehen und A.\_\_\_\_ Betreuung bei Bedarf und in gegenseitigem Einverständnis anpassen können. A.\_\_\_\_ wachse bei seinem Vater mit seinem Halbbruder und dessen Mutter auf. Er erlebe ein stabiles Umfeld in dem er vorwiegend durch den Vater betreut werde. Da dieser Schichtarbeit leiste, arbeite er zu rund 1/3 am Wochenende, ansonsten habe er Früh- und Spätschicht, wo er entweder bereits um 13.00 Uhr nach Hause komme oder erst um 14.00 Uhr zur Arbeit gehe. Wenn er A.\_\_\_\_ nicht selber betreuen könne, schaue seine Partnerin zu beiden Kindern. Zu rund einem Drittel werde A.\_\_\_\_ durch die Mutter betreut, die sich mittlerweile in der Mutterrolle zurechtgefunden habe. Dieses Betreuungskonzept entspreche zweifellos dem Kindeswohl des Sohnes. Die Vorderrichterin führte weiter aus, es sei nachvollziehbar, dass sich die Mutter wünsche, mehr Zeit mit dem Sohn verbringen zu können und ihn aufwachsen zu sehen. Jedoch hätten die Bedürfnisse und die Befindlichkeit der Mutter hinter den Interessen und dem Wohl des Kindes zurückzustehen. Dessen Betreuung habe in den letzten zweieinhalb Jahren gut innerhalb der Familie organisiert werden können. Es liege in seinem Interesse, dass das, soweit als möglich, in Zukunft weitergeführt werde. Mit einem aktuellen Betreuungsanteil von rund einem Drittel habe die Mutter bereits einen grossen Anteil am Leben des Sohnes. Weiter hielt sie fest, die Distanz zwischen den elterlichen Wohnsitzen von 22 km spreche eher gegen die alternierende Obhut. Bei zunehmendem Alter des Kindes könne das zu Schwierigkeiten führen. Sodann scheinere der Vater nach wie vor der verlässlichere und empathischere Elternteil zu sein und ungeachtet der eigenen Emotionen auf die Wünsche und Bedürfnisse des Sohnes eingehen zu können. Andererseits scheinere die Mutter nicht genügend in der Lage zu sein, zwischen ihren eigenen Bedürfnissen und denjenigen des Sohnes unterscheiden zu können. Auch scheinere der Vater besser in der Lage, den Kontakt zwischen Sohn und Mutter zu organisieren. Die Ängste der Mutter, dass sie inskünftig vom Leben ihres Sohnes ausgeschlossen werden könnte, teilte sie nicht. Sie ging davon aus, der Vater werde auch in Zukunft dafür besorgt sein, dass der Sohn die beste und ausgewogenste Betreuung erhalten werde. Bezüglich der Kontaktregelung hielt die Vorderrichterin fest, beide Parteien hätten bestätigt, dass das aktuell gelebte Betreuungsmodell und die Kommunikation zwischen ihnen als Eltern gut funktionierten. Sie hätten einen Betreuungsplan, könnten diesen aber auch flexibel ihren konkreten Bedürfnissen anpassen.

Das entspreche zweifellos dem Kindeswohl des Sohnes. Für den Fall, dass in Zukunft diesbezüglich Schwierigkeiten aufträten, hielt sie eine Regelung für den Konfliktfall fest. Die Vorderrichterin wies weiter darauf hin, zwischen den Eltern bestehe ein grosses Einkommensgefälle. Dem Vater werde es mit seinem Einkommen problemlos möglich sein, den Bedarf seiner Familie inkl. A.\_\_\_\_ zu decken. Aus diesem Grund habe er bisher von der Mutter keinen Unterhaltsbeitrag verlangt und mache auch im vorliegenden Verfahren nichts geltend. Die Mutter könne mit ihrem Teilpensum knapp den eigenen Bedarf zu decken. Hingegen sei ihr zuzumuten, die Kosten des Sohnes zu decken, die anfielen, während er bei ihr sei. 2. Die Berufungsklägerin 2 macht geltend, in der vorinstanzlichen Urteilsbegründung werde nicht erwähnt, dass sie die Vereinbarung vom 13. Dezember 2018 nur deshalb unterzeichnet habe, weil sie unter massivem Druck gestanden sei. Sie habe damals keine feste Arbeitsstelle gehabt und sich weder auf finanzielle noch sonstige Hilfe von ihrer Familie verlassen können. Getrieben von der Sorge, sich nicht genügend um ihren Sohn kümmern zu können, habe sie die Vereinbarung unterschrieben, die ihr der Kindsvater vorgelegt habe. Dieser habe sich ihre Notsituation zunutze gemacht, um die Obhut über den gemeinsamen Sohn zu erlangen. Ebenso wenig werde erwähnt, dass die beiden Vereinbarungen vom 2. Dezember 2016 und diejenige vom

### **E. 8.1**

Unter dem Begriff "Obhut" verstand man bis zur Revision des Kindesrechts vom 21. Juni 2013 einerseits die rechtliche Obhut als das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (vgl. BGE 136 III 353 E. 3.2). Auch wurde darunter die sog. faktische Obhut verstanden im Sinne des tatsächlichen Zusammenlebens mit dem Kind in einer häuslichen Gemeinschaft (vgl. Art. 301 Abs. 3 ZGB). Seit dem 1. Juli 2014 ist das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, grundsätzlich untrennbar mit der elterlichen Sorge verbunden (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Der Begriff der Obhut hat damit einen inhaltlichen Wandel erfahren und beschränkt sich aktuell auf die faktische Obhut ("garde de fait"), d.h. auf die Befugnis zur täglichen Betreuung des Kindes und auf die Ausübung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dessen Pflege und laufender Erziehung (BGE 142 III 612 E. 4.1). Sind die Kindseltern wie hier unverheiratet, so können sie gemäss Art. 298a Abs. 1 und 2 ZGB gegenüber dem Zivilstandsamt erklären, dass sie sich über die gemeinsame elterliche Sorge sowie, über die Obhut und den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile des Kindes und die Tragung der Unterhaltskosten geeinigt haben. Spätere Erklärungen mit diesem Inhalt sind an die Kinderschutzbehörde am Wohnort des Kindes zu richten (Art. 298a Abs. 4 ZGB).

### **E. 8.2**

Vorliegend haben die Kindseltern kurz nach der Geburt des Berufungsklägers 1 gegenüber dem Zivilstandsamt eine entsprechende Erklärung abgegeben und bestätigt, dass sie sich über die Obhut und den persönlichen Verkehr geeinigt hätten (Schlichtungsbeilage 2 der Berufungskläger). Die entsprechende Vereinbarung hatten sie bereits vor der Geburt des Sohnes abgeschlossen (Schlichtungsbeilage 3 der Berufungskläger). Bereits ab dem 4. Lebensmonat des Sohnes übernahmen der Vater und der Grossvater väterlicherseits einen wesentlichen Anteil der Kindsbetreuung (unbestritten gebliebene Sachverhaltsdarstellung des Beklagten gemäss Beweissatz 4 der Klageantwort). Am 13. Dezember 2018 schlossen die Parteien bilateral eine neue Vereinbarung ab (Schlichtungsbeilage 4 der Berufungskläger), worin sie übereinkamen, dass der Sohn ab Januar 2019 seinen Wohnsitz beim Vater habe, der auch alle Kosten von A.\_\_\_\_ trage, wobei grössere Auslagen zwischen

den Eltern besprochen würden. Auf einen Unterhaltsbeitrag der Mutter verzichtete der Vater zu diesem Zeitpunkt ausdrücklich. Die Vereinbarung wurde bei der Kindesschutzbehörde nicht zur Genehmigung eingereicht. Hingegen wurde sie gelebt und die Kindseltern teilten fortan die Betreuung des Sohnes dem Grundsatz nach so auf, dass dieser von Montag bis Freitag durch den Vater und am Wochenende von der Mutter betreut wird, wobei die Eltern einander im Einzelfall flexibel in der Kinderbetreuung beistehen. Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung bestätigten beide Eltern in der Parteibefragung, dass die Kommunikation gut funktioniere (AS 43 Z. 38 ff.).

8.3.1 Die Berufungsklägerin 2 behauptet, der Berufungsbeklagte habe mit der Vereinbarung vom Dezember 2018 eine Notlage ihrerseits ausgenutzt. Sie hat für diese (bestrittene) Behauptung vorinstanzlich keine Beweise offeriert, so dass die Vorderrichterin zu Recht nicht darauf einging. Im Berufungsverfahren erneuert sie diese Behauptung. Sie zeigt jedoch diesbezüglich weder einen Fehler in der Sachverhaltsermittlung der Vorinstanz auf noch wie sich dieser Umstand gegebenenfalls auf die heute in Frage stehende Obhutsregelung hätte auswirken können, die sich allein nach dem Kindeswohl richtet. Das ist auch nicht ersichtlich.

8.3.2 Unbestritten ist, dass die Vereinbarung der Parteien nicht von einem Gericht oder der KESB genehmigt wurde. Es geht daher tatsächlich nicht darum, eine rechtlich verbindliche Obhutsregelung abzuändern, wie auch die Vorinstanz festgestellt hat. Hingegen ist der seit mehreren Jahren gelebte status quo unter dem Aspekt des Kindeswohls auch bei einer erstmalig festzulegenden Betreuungsregelung zu beachten. Stabile Lebensverhältnisse liegen im Interesse des Kindes (Urteile des Bundesgerichts 5C.34/2006 E. 1.1; 5A\_428/2014 E. 6.2) und sind als Aspekt bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen. A. \_\_\_ ist in die Familie des Berufungsbeklagten integriert, wo er mit diesem, dessen Freundin und dem jüngeren Halbbruder aufwächst und mittlerweile in den Kindergarten eingeschult wurde. Der Umstand der Kontinuität und der Stabilität ist zu Gunsten der Weiterführung der gelebten Vereinbarung zu gewichten. Hinzu kommt, dass der Berufungskläger 1 beim Vater mit seinem nur gut ein Jahr jüngeren Halbbruder aufwächst, was ebenfalls für die Beibehaltung der aktuellen Regelung spricht.

8.3.3 Die Berufungsklägerin 2 macht geltend, dass es für ein Kleinkind nicht verständlich sei, dass es beim Vater von Drittpersonen (mit-)betreut werde, obwohl sie als Kindsmutter willens und fähig sei, die Kinderbetreuung zu übernehmen. Sie befürchtet, dass er aufgrund der aktuellen Betreuungssituation (Mitbetreuung durch die Lebenspartnerin des Kindsvaters und deren Eltern) in Loyalitätskonflikte geraten könnte. Es darf bezweifelt werden, dass ein urteilsunfähiges Kind von fünf Jahren solche Überlegungen anstellt. Sollten solche Fragen in einem späteren Zeitpunkt einmal aktuell werden, ist es an den Eltern, dem Sohn diese kindgerecht zu beantworten. Im Zusammenhang mit dem Verweis auf die Drittbetreuung ist darauf hinzuweisen, dass auch die Berufungsklägerin 2 auf Drittbetreuung angewiesen wäre, falls ihr antragsgemäss die alleinige Obhut über den Sohn zugeteilt würde. Das scheint ihr klar zu sein, zumal sie bereits vorinstanzlich monatliche Kosten von CHF 1'440.00 für eine solche geltend gemacht hat. Seit Sommer 2021 ist der Sohn in den Kindergarten eingeschult und dem hauptbetreuenden Elternteil ist jedenfalls eine Erwerbstätigkeit von (mindestens) 50 % zuzumuten, so dass eine ergänzende Drittbetreuung naheliegt. Das Argument der Eigenbetreuung vor Drittbetreuung verfängt auch deshalb nicht, weil das Bundesgericht schon vor längerer Zeit festgehalten hat, dass Eigen- und Fremdbetreuung gleichwertig seien (Urteil des Bundesgerichts 5A\_336/2015 E. 4.4). Wesentlich ist vielmehr, dass die Betreuung zuverlässig und kindgerecht geregelt ist, was hier ausser Frage steht. Die Berufungsklägerin 2 macht weiter geltend, die Vorinstanz

habe die Angaben des Berufungsbeklagten zu seinem persönlichen Betreuungsanteil nicht hinterfragt. Das ist aktenwidrig. Dem Protokoll der Hauptverhandlung ist zu entnehmen, dass die Gerichtspräsidentin den Berufungsbeklagten ausführlich zum persönlichen Betreuungsanteil befragt hat. Die Berufungsklägerin 2 hat dazu weder Ergänzungsfragen (vgl. Protokoll der Parteibefragung, AS 42 ff.) noch ergänzende Beweisanträge gestellt (vgl. Protokoll der Hauptverhandlung, AS 50 ff.). Ihre diesbezüglichen Behauptungen substantiiert sie auch im Berufungsverfahren nicht, weshalb darauf nicht einzugehen ist. Im Licht des oben zitierten Bundesgerichtsentscheids ist die persönliche Betreuung des Kindes ohnehin nur einer von mehreren Aspekten der Kinderzuteilung.

### 8.3.4 Die Berufungsklägerin 2 moniert schliesslich die Feststellung der Vorinstanz, dass die alternierende Obhut keine Option darstelle als nicht überzeugend. Diesbezüglich verhält sie sich widersprüchlich. Sie hat erst- und zweitinstanzlich die alleinige Obhut über den Berufungskläger 1 beantragt, dasselbe der Berufungsbeklagte. Noch im Rahmen des Parteivortrags vor der Vorinstanz liess die Berufungsklägerin 2 ausführen: «Vorliegend bietet sich die alternierende Obhut nicht an (AS 54).» Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, was sie mit dieser Rüge erreichen will. Die Feststellung der Vorinstanz ist schlüssig. Es macht keinen Sinn die alternierende Obhut gegen den ausdrücklichen Willen beider Eltern anzuordnen, obwohl das im Rahmen der Oficialmaxime grundsätzlich möglich wäre. Die alternierende Obhut verlangt nach einer erhöhten Kooperation der Eltern in Erziehungs- und Betreuungsfragen. Dieser Wille scheint bei den Kindseltern zu fehlen, nachdem sie sich während des gesamten, mittlerweile zweieinhalb Jahre dauernden Verfahrens (inkl. Schlichtungsverhandlung), trotz Beratung bei einer Fachstelle und Vermittlungsbemühungen beider involvierter Gerichtspräsidenten nicht zu einem entsprechenden gemeinsamen Antrag hatten durchbringen können.

### 9.1 Die Berufungskläger machen schliesslich Unterhalt geltend. Soweit dieser Antrag an die Zuteilung der alleinigen Obhut an die Berufungsklägerin 2 geknüpft ist, braucht darauf aufgrund der Abweisung dieses Antrags nicht eingetreten zu werden.

### 9.2 Hingegen machen die Berufungskläger geltend, die Vorinstanz habe ihren Unterhaltsanspruch für den Fall der Beibehaltung des aktuellen Betreuungsumfangs nicht geprüft. Das ist unzutreffend. Der Berufungsbeklagte hat die alleinige Obhut über den Berufungskläger 1, mithin erbringt er seinen Unterhaltsbeitrag in natura bzw. in der Bereitstellung einer Drittbetreuung. Steht das Kind unter der alleinigen Obhut des einen Elternteils, lebt es in dessen Haushalt und betreut der andere Elternteil das Kind im Rahmen des Besuchs- und Ferienrechts, so leistet der obhutsberechtigte Elternteil seinen Unterhaltsbeitrag bereits vollständig in natura, indem er dem Kind Pflege und Erziehung erweist (sog. Naturalunterhalt). Diesfalls fällt der Geldunterhalt vor dem Hintergrund der Gleichwertigkeit von Geld- und Naturalunterhalt (BGE 114 II 26 E. 5b S. 29; 135 III 66 E. 4 S. 71; ausdrücklich bestätigt auch für den geänderten Wortlaut von Art. 276 Abs. 2 ZGB im Urteil 5A\_727/2018 vom 22. August 2019 E. 4.3.2.1) vom Grundsatz her vollständig dem anderen Elternteil anheim. Davon kann abgewichen werden, wenn der hauptbetreuende Elternteil leistungsfähiger ist als der andere (Urteile des Bundesgerichts 5A\_311/2019 E. 8.3; 85A\_584/2018 E. 4.3; 5A\_583/2018 E. 5.1 a.E.; 5A\_339/2018 E. 5.4.3; 5A\_727/2018 E. 4.3.2.2). Nach der zitierten Bundesgerichtspraxis ist vorliegend in erster Linie die Berufungsklägerin 1 gegenüber dem Berufungskläger 2 unterhaltspflichtig. Die Vorinstanz hat darauf verzichtet, den Bedarf des Berufungsklägers 2 festzustellen, zumal der Vater für den grundsätzlich unterhaltsberechtigten Sohn gegen die Mutter keinen solchen geltend gemacht hat. Der Berufungskläger 1 beziffert zwar seine Unterhaltsforderung für den Fall, dass die Obhut der

Berufungsklägerin 2 zugeteilt wird. Soweit er Unterhalt auch für den Fall geltend macht, dass die Obhut beim Berufungsbeklagten bleibt, macht er nur vage Ausführungen darüber, dass während seinem Aufenthalt bei der Berufungsklägerin 2 Auslagen für Grundbedarf, Wohnung, Hobbys etc. anfielen. Ausserdem reklamiert er diesfalls einen Anteil am Überschuss des Vaters. Eine konkrete Bezifferung seiner Forderung für die Auslagen im Rahmen des Betreuungsanteils der Mutter fehlt. Unterhaltsforderungen sind nach ständiger Praxis des Bundesgerichts stets zu beziffern (BGE 137 617 E. 4). Daran ändert auch die in Kinderbelangen geltende Oficialmaxime nichts (Art. 296 Abs. 3 ZGB). Vorliegend lässt sich auch aus der Berufungsbegründung nicht eruieren, welchen Unterhaltsbeitrag der Berufungskläger 1 für den Fall, dass die Obhut beim Vater bleibt, für die Zeit der Betreuung durch die Mutter fordert (Urteil des Bundesgerichts 5A\_164/2019 E 4.3). Aus diesem Grund kann auch in diesem Punkt nicht auf die Berufung eingetreten werden.

III. 1. Die Berufungskläger haben einen Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege gestellt, der zu bewilligen ist. 2. Gemäss Art. 106 ZPO sind die Prozesskosten i.d.R. der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Vorliegend gibt es keinen Grund davon abzuweichen. Die Berufungsklägerin 2 ist unterlegen, weshalb ihr die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind praxismässig auf CHF 1'500.00 festzusetzen. Zuzugleich der der Berufungsklägerin gewährten unentgeltlichen Rechtspflege werden sie vom Staat Solothurn getragen. Vorbehalten bleibt die Rückforderung gemäss Art. 123 ZPO während 10 Jahren, sobald B.\_\_\_\_ zur Nachzahlung in der Lage ist. 3. Aufgrund des Ausgangs des Verfahrens hat die Berufungsklägerin die Parteikosten des Berufungsbeklagten zu entschädigen. Dieser macht für das Berufungsverfahren einen Aufwand von 3 Stunden und 55 Minuten und Auslagen von total CHF 118.00 geltend, was moderat ist. Die Parteientschädigung ist folglich wie beantragt auf CHF 1'181.65 festzusetzen. 4. Die Vertreterin der Berufungskläger macht für das Berufungsverfahren einen Aufwand von insgesamt 19 Stunden geltend, was angesichts des Umfangs der vorliegenden Problemstellung viel zu viel ist. Die Obhutszuteilung ist selbstredend für die Parteien eine äusserst wichtige Angelegenheit. Das darf jedoch nicht mit dem für die Ausfertigung der Berufung notwendigen Aufwand gleichgesetzt werden, zumal vorliegend sachverhältnismässig objektiv wenig Differenzen zwischen den Parteien bestehen. Es fällt auf, dass bis zum Versand der Berufung insgesamt 11 Kontakte zwischen Anwältin und Berufungsklägerin 2 mit einer Gesamtdauer von mehr als 2 ½ Stunden (ohne Versand von Orientierungskopien) stattfanden, was auf eine wenig zielgerichtete Instruktion hindeutet. Hinzu kommt, dass ein Grossteil der Kontakte, total deren 7, in die Zeit zwischen dem Antrag auf Begründung des vorinstanzlichen Urteils und dem Versand der Urteilsbegründung stattfanden, mithin in einer Zeit in der für die Parteien keine prozessualen Vorkehrungen zu treffen waren. Diese Aufwendungen sind um 1 Stunde zu kürzen. Auch werden diverse Administrationstätigkeiten zum Anwaltstarif verrechnet, was nicht zugänglich ist (Versand div. Orientierungsmails, Versand Berufung und Korrespondenz, Weiterleitung Berufungsantwort; SOG 1990 Nr. 18 E. 3). Die Abgeltung solcher Tätigkeiten ist im Anwaltstarif enthalten und wird nicht separat entschädigt. Die Kostennote ist diesbezüglich um 1 ½ Stunden zu kürzen. Insgesamt erscheint ein Aufwand von 10 Stunden mehr als ausreichend. Aufgrund der den Berufungsklägern gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind 10 Stunden à CHF 180.00 zu entschädigen. Hinzu kommen die geltend gemachten Auslagen von CHF 31.90, was eine Entschädigung für Rechtsanwältin Martina de Roche von CHF 1'973.00 (inkl. 7,7 % MWSt.) ergibt. Eine Honorarvereinbarung hat die Vertreterin der Berufungskläger nicht eingereicht, weshalb der

Nachzahlungsanspruch aufgrund des Minimalhonorars gemäss § 158 Abs. 2 Gebührentarif von CHF 230.00 berechnet wird. Dieser beläuft sich folglich auf CHF 572.85.

#### **E. 10**

Stunden mehr als ausreichend.

Aufgrund der den Berufungsklägern gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind 10 Stunden à CHF 180.00 zu entschädigen. Hinzu kommen die geltend gemachten Auslagen von CHF 31.90, was eine Entschädigung für Rechtsanwältin Martina de Roche von CHF 1'973.00 (inkl. 7,7 % MWSt.) ergibt. Eine Honorarvereinbarung hat die Vertreterin der Berufungskläger nicht eingereicht, weshalb der Nachzahlungsanspruch aufgrund des Minimalhonorars gemäss § 158 Abs. 2 Gebührentarif von CHF 230.00 berechnet wird. Dieser beläuft sich folglich auf CHF 572.85.

Demnach wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten von CHF 1'500.00 werden B.\_\_\_\_ auferlegt. Zuzugleich unentgeltlicher Rechtspflege trägt sie der Staat Solothurn. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sobald B.\_\_\_\_ zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

3. B.\_\_\_\_ hat D.\_\_\_\_ eine Parteientschädigung von CHF 1'181.95 zu bezahlen.

4. Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin, Rechtsanwältin Martina de Roche, wird auf CHF 1'973.00 festgesetzt, zahlbar durch den Staat Solothurn. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch der unentgeltlichen Rechtsbeiständin im Umfang von CHF 572.85, sobald B.\_\_\_\_ zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen der Zivilkammer des Obergerichts

Die Präsidentin

Der Gerichtsschreiber

Hunkeler

Schaller

#### **E. 13**

Dezember 2018 nicht von der KESB genehmigt worden und deshalb gemäss Art. 287 Abs. 1 Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210) gar nicht verbindlich hätten werden können. Das Gericht habe es unterlassen eigene Abklärungen zu den tatsächlichen Verhältnissen vorzunehmen. Es habe sich damit begnügt, auf die Ausführungen des Berufungsbeklagten abzustellen. Beanstandet werde ferner, dass die Vorinstanz, den Antrag auf Einholung eines kinderpsychologischen Gutachtens über die Obhut und Betreuung des Berufungsklägers 1

einzuholen, abgelehnt habe. Sie habe diese Verfügung einzig damit begründet, dass der Sachverhalt genügend klar und die Verhältnisse des Kindes stabil seien. Die Einholung eines Gutachtens sei vorliegend umso dringender als A.\_\_\_\_ die aktuelle Betreuungssituation als Ablehnung der eigenen Mutter empfinden könnte. Es sei für ein Kleinkind nicht verständlich, weshalb Drittpersonen (v.a. die neue Lebensgefährtin des Berufungsbeklagten, deren Eltern, Kindermädchen) für seine Erziehung mitverantwortlich seien, obwohl die Kindsmutter fähig und willens sei, für ihren Sohn dazusein. Es liege auf der Hand, dass diese Situation zu Loyalitätskonflikten des Sohnes und zu einer Entfremdung von der Mutter führen könne, was unbedingt verhindert werden müsse. Ein Miteinbezug des Sohnes in das Verfahren dränge sich mit Blick auf die Persönlichkeit des Kindes auf. Art. 298 Abs. 1 ZGB sehe deshalb seine persönliche Anhörung vor. A.\_\_\_\_ sei zur Zeit der vorinstanzlichen Verhandlung vier Jahre alt gewesen. Sein Anspruch auf rechtliches Gehör könne nicht mit der lapidaren Bemerkung, dass der Sachverhalt genügend klar sei, abgetan werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei die Begutachtung des Kindes dann anzuordnen, wenn sie als einziges taugliches Beweismittel erscheine. Die Vorinstanz habe ihren Entscheid in Bezug auf die Obhut über den Berufungskläger 1 einzig auf die Aussagen des Berufungsbeklagten gestützt und diese zur Wahrheit erhoben; z.B. habe sie dessen Aussagen zur Schichtarbeit nicht hinterfragt. Es sei unmöglich, dass er Vollzeit arbeite und dennoch an drei Tagen die Betreuung des Sohnes übernehmen könne. Vielmehr sei es so, dass entweder seine Lebensgefährtin oder sogar deren Eltern die Betreuung des Sohnes übernähmen, weil der Berufungsbeklagte zeitlich dazu gar nicht in der Lage sei. Inzwischen sei ihr zu Ohren gekommen, dass der Berufungsbeklagte und seine Lebensgefährtin sogar ein Kindermädchen engagiert hätten, das A.\_\_\_\_ unter der Woche während zwei Stunden betreue. Da in Kinderbelangen die Offizialmaxime gelte, sei das Gericht gehalten, den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und habe seinerseits die entscheiderelevanten Abklärungen zu treffen. Die vorinstanzlichen Erwägungen seien in mehreren Teilen widersprüchlich. Die Vorderrichterin weise darauf hin, dass die Berufungsklägerin 2 ohne Zweifel erziehungsfähig sei. Sie spreche sogar davon, dass sie eine optimale Betreuung für den Sohn sicherstelle. Soweit sie ausführe, die Berufungsklägerin 2 können nicht zwischen ihren Bedürfnissen und denjenigen des Berufungsklägers 1 unterscheiden und sei insgesamt der weniger verlässlichere Elternteil, setze sie sich in Widerspruch zu den vorherigen Erwägungen. Unhaltbar sei die Argumentation, dass die Berufungsklägerin 2 den Aussagen ihres Sohnes eine grössere Bedeutung zumesse als angebracht sei. Diese Argumentation zeige, dass eine Kindesvertretung vonnöten gewesen wäre oder mindestens eine Anhörung des Kindes hätte stattfinden müssen. Der Berufungskläger 1 sei unter die alleinige Obhut der Berufungsklägerin 2 zu stellen, was zur Folge habe, dass er Anspruch auf monatliche Unterhaltsbeiträge habe. Solche seien unabhängig von der Obhutsfrage geschuldet. Indem die Vorinstanz keinen Unterhaltsbeitrag festgesetzt habe, habe sie das Recht falsch angewendet. Ausserdem sei der Betreuungsanteil des Vaters festzusetzen. Es sei nochmals festzuhalten, dass die Vereinbarung vom 13. Dezember 2018 nicht verbindlich sei, da sie nicht von der KESB genehmigt worden sei. Die Vorderrichterin habe den Bedarf der Berufungskläger unvollständig festgehalten. Zudem habe sie nicht berücksichtigt, welchen Anteil die Mutter an der Betreuung des Berufungsklägers 1 habe. Selbst wenn die Betreuungsregelung bestehen bleibe, könne es angesichts des Einkommensgefälles der Eltern nicht sein, dass der Berufungsbeklagte keinen Unterhaltsbeitrag an den Berufungskläger 1 zu leisten habe. Gewisse Kosten fielen auch bei ihr an. Sodann habe er

bei ihr Anspruch auf einen ähnlichen Lebensstandard wie beim Vater. Nach dem Entscheid der Vorinstanz habe die Berufungsklägerin 2 sämtliche Kosten zu tragen, die bei ihr für den Sohn anfielen, obwohl diese festgestellt habe, dass sie nur ganz knapp den eigenen Bedarf decken könne. Bei einer persönlichen Betreuungsleistung von 40 % sei es ihr auch nicht möglich, ihr Pensum aufzustocken. Damit habe die Vorinstanz die bundesrechtlichen Bemessungsgrundsätze für den Kinderunterhalt vollständig missachtet. 3. Der Berufungsbeklagte macht geltend, die Berufungsklägerin 2 versuche mit allerlei formellen Argumenten das vorinstanzliche Urteil in Frage zu stellen. Dabei unterlasse sie es, die wesentlichen Leitlinien aufzuzeigen. Der Sohn lebe seit seinem vierten Lebensmonat in der faktischen Obhut des Berufungsbeklagten. Dies sei die Folge der äusserst unsteten Lebensführung der Berufungsklägerin 2 gewesen. Sie übe heute ein Besuchsrecht aus. Es gehe hier allein darum, ob dem Kind, das sich gemäss übereinstimmenden Aussagen beider Parteien prächtig entwickelt habe, ein Obhutswechsel, verbunden mit einem Wohnsitz- und Schulwechsel, zugemutet werden solle, nur, weil die Kindsmutter es so wünsche. Dafür gebe es keine Veranlassung. Es liege am Berufungsgericht, ob eine Verhandlung durchgeführt werden solle. Nachdem vorliegend jedoch bereits die Schlichtung gescheitert sei, ebenso die Versuche der instruierenden Richterin eine Einigung zu erzielen und die Parteien auch keine Einigung mittels der angeordneten Beratung erzielt hätten, erachte er es nicht als notwendig, noch einmal eine Verhandlung durchzuführen. Die Berufungsklägerin 2 führe selber aus, dass die Sachverhaltsfeststellung der Vorderrichterin in Bezug auf die Vereinbarung vom 13. Dezember 2018 korrekt sei. Die Behauptung, dass sie diese nur unterschrieben habe, weil sie unter Druck gestanden habe, werde erneut bestritten. Fakt sei, dass die Berufungsklägerin 2 die Vereinbarung unterzeichnet habe, weil sie nicht in der Lage gewesen sei, das Kind zu betreuen. Die Vereinbarung sei auch gelebt worden. Der Berufungsbeklagte habe damit lediglich dem Wunsch der Berufungsklägerin 2 entsprochen. Dass die Vereinbarung weder vom Gericht noch von der KESB genehmigt worden sei, habe auf die Sachlage keinen Einfluss. Das Gericht habe nicht «blindlings» auf die Angaben des Berufungsbeklagten abgestellt, sondern habe die aktuelle Situation gewürdigt. Vorliegend sei es nicht darum gegangen, eine Umteilung des Kindes vorzunehmen, sondern eine seit Jahr und Tag gelebte Obhutsregelung sei vom Gericht genehmigt worden. Es bestehe auch im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes keinen Anspruch darauf, dass unnötige Beweismittel abgenommen und unnötige Abklärungen vorgenommen würden. Zudem gelte auch in diesem Bereich die Wahrung des Kindeswohls, zumal eine Begutachtung für ein Kind immer eine grosse Belastung darstelle. Im vorinstanzlichen Verfahren habe die Berufungsklägerin 2 nie begründet, weshalb ein kinderpsychologisches Gutachten notwendig sei. Die nun nachgeschobene Begründung sei verspätet und ändere nichts an der Sachlage. Die Behauptung der Berufungsklägerin 2, die aktuelle Betreuungssituation könne von A. \_\_\_ als Ablehnung der eigenen Mutter empfunden werden, sei von aussen betrachtet an den Haaren herbeigezogen. Die Argumentation ziele ins Leere und sei widersprüchlich, zumal auch sie auf Drittbetreuung zurückgreifen müsste. Die Berufungsklägerin könne nicht erst in zweiter Instanz beantragen, dass ein nicht urteilsfähiges Kind angehört werde. Vorinstanzlich habe sie das zu Recht nicht beantragt, da das Kind nicht in der Lage sein dürfte, relevante Aussagen zu machen. Die Vorinstanz habe nicht nur die Aussagen des Berufungsbeklagten berücksichtigt, sondern auch, dass dieser den Sohn bereits seit 2018 zur Hauptsache betreue. Einen Grossteil der Betreuung leiste er sodann persönlich, da er im Schichtbetrieb arbeite. Wenn er an den Wochenenden arbeite, werde der Sohn von der Berufungsklägerin 2 betreut. Deren Ausführungen seien auch deshalb nicht zielführend,

weil es keine Rolle spiele, ob er den Sohn selber betreue oder Drittbetreuungsangebote nutze, wie das auch bei der Berufungsklägerin 2 der Fall wäre. Unrichtig sei, dass ein Kindermädchen angestellt worden sei. Ab und zu werde eine Jugendliche als Babysitterin beigezogen, so wie in jeder Familie. Es stehe im Ermessen des Gerichts, ob es eine Kindesvertretung einsetzen wolle. Die Berufungsklägerin hätte auch anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung einen entsprechenden Antrag stellen können. Tatsächlich habe sich die Einsetzung einer solchen nicht aufgedrängt, da die bestehende Obhutsregelung bestätigt worden sei. Der Berufungsklägerin gehe es offensichtlich darum, einen ihr missliebigen Entscheid mit formalen Haarspaltereien korrigieren zu wollen. Massgebend sei für die Vorderrichterin vor allem gewesen, dass die aktuelle Situation seit drei Jahren bestehe. Die Berufungsklägerin 2 wolle nicht einfach einen missliebigen Entscheid, sondern die bisher gelebte Betreuung auf den Kopf stellen. Der Grundsatz der Kontinuität verlange, dass eine bewährte Lösung beibehalten werde. Die Berufungsklägerin 2 habe sich immer kategorisch gegen die alternierende Obhut gewehrt. Der Umstand, dass das Kind inzwischen in den Kindergarten eingeschult worden sei sowie die Distanz zwischen den Wohnsitzen beider Eltern spreche gegen eine solche Obhutslösung. Dass die Berufungsklägerin 2 nach wie vor nicht in der Lage sei, zwischen ihren Bedürfnissen und denjenigen des Sohnes zu unterscheiden, zeige die vorliegende Berufungsschrift. Der Sohn habe in [...] die Spielgruppe besucht und besuche nun da den Kindergarten. Würde ihrem Antrag stattgegeben, würde er völlig unnötig aus der vertrauten Umgebung herausgerissen und von seinem Halbbruder getrennt, mit dem er viel Zeit verbringe. Es werde nicht bestritten, dass der Berufungskläger 1 jeweils Mühe mit der Trennung von der Mutter habe, aber umgekehrt eben auch, was ein altersgemäss völlig normales Verhalten des Kindes sei. Da kein Grund für die Änderung der Obhutsregelung bestehe, gebe es auch keinen Grund, die Unterhaltsregelung zu ändern. Unverständlich seien die Ausführungen, dass ein Unterhaltsanspruch bestehe, obwohl der Berufungsbeklagte sämtliche Auslagen für den Berufungskläger 1 bestreite und den Hauptanteil des Naturalunterhalts leiste. Die Berufungsklägerin 2 sei entgegen der ständigen Praxis wegen mangelnder Leistungsfähigkeit zu keinen Unterhaltsbeiträgen verpflichtet worden, was der Berufungsbeklagte derzeit akzeptiere. Dass er nun auch noch einen Unterhaltsbeitrag an die Berufungsbeklagte 2 leisten solle, entbehre jeglicher Grundlage. Daran ändere auch das Einkommensgefälle zwischen den Parteien nichts. Die Bedarfszahlen der Berufungsklägerin 2 seien irrelevant, da sie nicht zu Unterhaltsbeiträgen an den Sohn verpflichtet worden sei. Die von ihr angestellte Bedarfsrechnung sei rein hypothetisch. Sämtliche Kinderkosten mit Ausnahme der Ernährung während der Zeit bei der Berufungsklägerin 2 trage der Berufungsbeklagte. Eine alternierende Obhut habe die Berufungsklägerin 2 abgelehnt. Ein solches Modell könnte nach der Einschulung des Sohnes auch nicht mehr umgesetzt werden. Die Berufungsklägerin 2 habe es in der Hand, ihr Pensum auf 100 % aufzustocken, da sie den Sohn lediglich am Wochenende betreue.

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