

APH 08 645, publiziert April 2009

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Pfister Hadorn (Referentin), Oberrichterin Lüthy-Colomb und Oberrichter Kunz sowie Kammerschreiber Günther

vom 17. März 2009

in der Streitsache zwischen

A.

vertreten durch Fürsprecher X.

Gesuchsgegner/Appellant

und

B.

vertreten durch Fürsprecher Y.

Gesuchstellerin/Appellatin



Regeste:

Obhutszuteilung betreffend ein unmündiges Kind bei in höchstem Masse zerstrittenen Elternteilen: Massgebende Zuteilungskriterien, Grundsatz der Beziehungs- und Erlebniskontinuität, Zulässigkeit der richterlichen Abweichung von Empfehlungen eines Sachverständigen. Was Obhut ist und unter welchen Umständen die gemeinsame Obhut zu gewähren ist, ist Rechtsfrage. Hingegen ist Tatfrage, ob sich die rechtlich bedeutsamen Voraussetzungen für die Gewährung einer gemeinsamen Obhut verwirklicht haben. Über Rechtsfragen hat der Richter alleine zu entscheiden.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

[...]

II.

[...]

III.

1. *Obhutszuteilung*

- a. (...)
- b. (...)
- c. (...)
- d. Gemäss Art. 176 Abs. 3 ZGB trifft das Gericht bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts im Falle von unmündigen Kindern nach den Bestimmungen über die Wirkung des Kindesverhältnisses (Art. 270 ff. ZGB) die nötigen Massnahmen. Art. 279 Abs. 2 ZGB gibt dem Gericht die Kompetenz, bei Trennung der Ehe die elterliche Sorge und damit auch die elterliche Obhut einem Ehegatten alleine zuzuteilen. Statt die elterliche Sorge zuzuteilen, kann das Eheschutzgericht einem Elternteil auch die Obhut übertragen. Als geringerer Eingriff in die Eltern-Kind-Beziehung ist diese Lösung grundsätzlich vorzuziehen, sofern das Kindeswohl nicht etwas anderes erfordert (vgl. SCHWENZER in HONSELL/VOGT/GEISER, BSK ZGB I, Art. 1 – 456 ZGB, 3. Auflage 2006, N 6 zu Art. 297 ZGB).

Die Zuteilungskriterien im Rahmen des Eheschutzverfahrens entsprechen grundsätzlich jenen, die bei Scheidung anzuwenden sind. Allerdings kommt bei der Zuteilung der Obhut dem Grundsatz der Beziehungs- und Erlebniskontinuität herausragende Bedeutung zu, ohne dass schon umfassend zu prüfen ist, welcher Elternteil dem Kind auf Dauer stabileren Halt verschaffen kann (vgl. BSK I-SCHWENZER, a.a.O., N 7 zu Art. 297 ZGB). Die Obhut soll demjenigen anvertraut werden, der zur Zeit eher imstande ist, das Kind persönlich und in der bisherigen Umgebung zu betreuen (vgl. VETTERLI in SCHWENZER, FamKomm Scheidung, Bern 2005, N 2 zu Art. 176 ZGB). Umgekehrt ist auch der Wunsch des Kindes wichtig, weil es ein Kindeswohl gegen den klaren Kindeswillen nicht gibt (FAMKOMM-VETTERLI, N 3 zu Art. 176 ZGB). Wer die Obhut übernimmt, muss zur Erziehung geeignet sein (FAMKOMM-VETTERLI, N 4 zu Art. 176 ZGB). Je jünger ein Kind ist, desto besser muss für eine beständige Betreuung gesorgt sein. Wenn ein Elternteil zeitweise beruflich abwesend ist, sollte er wenigstens ein haltbares Betreuungsnetz knüpfen können. Manchmal sichert er dann zu, seine Erwerbstätigkeit einzuschränken, und es wird schwierig zu prüfen, wie ernst das gemeint ist. Einerseits kann man nicht verlangen, dass das Versprechen auf Geratewohl eingelöst wird, und andererseits mag man befürchten, dass es später nicht eingehalten wird. Der Umstand, dass Kinder im Vorschulalter weit überwiegend der Mutter zugewiesen werden, hat nicht mit einem „natürlichen“ Vorrang zu tun, sondern ist Folge der üblichen Arbeitsteilung, die nun auch als eine gewisse Garantie für die verlässliche Betreuung in der Zukunft genommen wird (FAMKOMM-VETTERLI, N 5 zu Art. 176 ZGB).

Wenn die Eltern die Kinderbetreuung unter sich aufteilen, braucht die Obhut nicht zugewiesen werden. Eine solche gemeinsame oder alternierende Obhut ist aber

anspruchsvoll. Sie setzt voraus, dass die Ehegatten ihre Trennung innerlich schon bewältigt haben, weil sie nicht gut als Ehepartner zusammenarbeiten und gleichzeitig als Ehepaar weiterstreiten können, und dass beide sich an der Erziehungsarbeit beteiligen, damit nicht der eine alle Vorteile behält, während der andere sämtliche Nachteile übernimmt. Das Risiko besteht darin, dass die Eltern ihren Konflikt fortsetzen, sich in den häufig notwendigen Absprachen aufreiben oder das Kind mit ganz unterschiedlichen Tagesabläufen und gegensätzlichen Anweisungen überfordern. Von Eltern, welche die Obhut abwechselnd ausüben wollen, muss im Minimum erwartet werden, dass sie die Bedingungen für eine gemeinsame elterliche Sorge nach Art. 133 Abs. 3 ZGB erfüllen, dass sie sich also im Grundsatz einig sind und ein Betreuungskonzept sowie einen Schlüssel für die Aufteilung der Kinderkosten vorlegen (vgl. FAMKOMM-VETTERLI, N 6 zu Art. 176 ZGB).

- e. Vorliegend fand gestützt auf die Empfehlung des Gutachters eine gerichtliche Kinderanhörung nicht statt, was aufgrund des Alters von C. mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vereinbar und für den Appellationshof auch nachvollziehbar ist, jedoch zur Folge hat, dass bezüglich Obhutszuteilung auf die Präferenz des Kindes, sollte denn eine solche tatsächlich und in hinreichender Klarheit vorhanden sein, nicht abgestellt werden kann. Das erstinstanzliche Gericht folgerte daraus, dass dem eingeholten Gutachten inkl. mündlicher Erläuterungen beweismässig eine umso höhere Bedeutung zukomme. Dennoch gelangte es zur Auffassung, dass aufgrund der statischen Standortbestimmung und der unklaren, nicht definitiven Antworten des Sachverständigen zur Obhutszuteilung jedenfalls bezüglich den Schlussfolgerungen vom Gutachten abgewichen werden könne. Diese Beweiswürdigung durch das erstinstanzliche Gericht ist nicht zu beanstanden: So wird im Gutachten empfohlen, C. unter der Obhut der Mutter zu belassen, im nächsten Abschnitt jedoch vorgeschlagen, dem Vater ein ausgedehntes Besuchsrecht, alternierend jeweils von Montag bis Freitag und die darauf folgende Woche von Freitag bis Montag, einzuräumen (vgl. pag. 699, S. 50 des Gutachtens, 2. und 3. Lemma sowie Ziffer 1.7 und 3.2 der Schlussfolgerungen). Die so vorgeschlagene Besuchsregelung kommt demnach faktisch einer hälftigen Aufteilung der Betreuung und damit einer gemeinsamen Obhut gleich (50:50 Regelung). Indem der Sachverständige jedoch ausdrücklich eine Obhutszuteilung an die Mutter vorsieht, *da anzunehmen sei, dass sie für das Kind die Hauptbezugsperson darstelle und dass sich auch die Wohnung erster Ordnung bei ihr befinde* (vgl. pag. 699, 1. Lemma), erweist sich das Gutachten zumindest bezüglich seinen Schlussfolgerungen als in sich selbst widersprüchlich. Der verantwortliche Sachverständige sagte denn anlässlich seiner Einvernahme an der Fortsetzungsverhandlung (...) auch aus, der Eindruck, dass das Gutachten nicht genau wisse, wem das Kind zuzuteilen sei, täusche nicht (pag. 1063). Unter diesen Umständen erweist sich das Gutachten jedenfalls hinsichtlich seiner Schlussfolgerungen für die Beurteilung der Obhutszuteilung als untaugliches Beweismittel.

Der Vorinstanz ist weiter darin zuzustimmen, dass die Parteiaussagen zur Frage der Obhutszuteilung aufgrund der persönlichen Interessen mit Vorsicht zu bewerten sind. Sodann ist die zurückhaltende Würdigung der erstinstanzlichen Zeugnisaussagen für den Appellationshof verbindlich. Schliesslich hat der Appellationshof

auch keinen Anlass, am erstinstanzlichen Beweisergebnis (Seite 13 der erstinstanzlichen Urteilserwägungen) zu zweifeln, zumal vorliegend örtliche und persönliche Verhältnisse zu beurteilen waren, welche die Vorinstanz aufgrund ihrer Nähe zur Sache besser kennt und überblickt.

Gestützt auf diese Erwägungen und in Ermangelung anderweitiger, schlüssiger Beweismittel ist Folgendes festzuhalten: Das gemeinsame Kind der beiden Parteien wurde bisher aufgrund der gewählten Rollenverteilung während der Ehe mehrheitlich durch die Mutter und Appellatin, welche überwiegend als Hausfrau tätig war, betreut und lebt gegenwärtig, (...), unter ihrer Obhut. Unter Beachtung der herausragenden Bedeutung des Grundsatzes der Beziehungskontinuität ist deshalb eine Obhutszuteilung an die Appellatin nicht zu beanstanden. Damit wird dem Kriterium der Stabilität der Verhältnisse als Voraussetzung einer harmonischen Entfaltung des Kindes Rechnung getragen, welchem bei ungefähr gleicher Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit (wie in casu: vgl. Gutachten (...)) besonderes Gewicht zukommt (vgl. dazu BGE 5C.212/2005 vom 25. Januar 2006, BGE 115 II 206, E. 4a). In diesem Sinne liess sich im Übrigen auch der Sachverständige vernehmen, der festhielt, die Appellatin stelle für das Kind die *Hauptbezugsperson* dar. Weiter muss auch beachtet werden, dass der Appellant gemäss eigenen Angaben aktuell 8 Stunden pro Tag, 6 Tage die Woche, arbeitet (vgl. pag. 1053). Als Selbständigerwerbender und gestützt auf sein gemäss eigenen Angaben geringes Einkommen von monatlich EUR 2'400.00 (vgl. pag. 1053) dürfte er dieses Pensum nicht ohne Weiteres reduzieren können. Der Sitz seiner Firma befindet sich in Z. Demgegenüber ist das gemeinsame Kind erst 6 Jahre alt und erfordert eine intensive, ständige Betreuung. Unter Berücksichtigung dieser tatsächlichen Situation scheint eine Obhutszuteilung an die Appellatin klarerweise die bessere Gewähr für eine verlässliche Betreuung von C. in Zukunft zu bieten. Die gegenteiligen Beteuerungen des Appellanten, er könne die Organisation seiner Berufstätigkeit den Bedürfnissen von C. anpassen, so dass er während den Betreuungszeiten für seinen Sohn da sei, werden durch keine konkreten Belege untermauert.

Mit der Vorinstanz muss schliesslich auch davon ausgegangen werden, dass vorliegend eine gemeinsame Obhut über C. nicht angezeigt ist: Die beiden Parteien sind in *höchstem Masse* zerstritten und bezichtigen sich gegenseitig u.a. der Kindsentführung (zumindest implizit) bzw. der Tötlichkeiten. Von einer innerlichen Bewältigung der Trennung, welche Voraussetzung für eine gemeinsame Obhut wäre (vgl. lit. d Abs. 3 hievor), *kann nicht die Rede sein*. Vielmehr war das bisherige Verfahren von gegenseitigen Vorwürfen und Anschuldigungen geprägt. Angesichts dieser Tatsachen ginge eine gemeinsame Obhut mit einer erheblichen Gefährdung des Kindeswohls einher. Den diesbezüglichen, angeblich guten Erfahrungen des Gutachters bezüglich gemeinsamer Obhut auch bei schwieriger „Kommunikation“ zwischen den Eltern kann somit zumindest im zu beurteilenden Fall nicht gefolgt werden. Schliesslich ist ohnehin umstritten, ob eine gemeinsame Obhut im Eheschutzverfahren überhaupt zulässig ist (verneinend: SIX, Eheschutz – Ein Handbuch für die Praxis, Editions Weblaw, Bern 2008, N. 2.07, S. 33). Im Übrigen bestünde zwischen den Ehegatten nicht einmal im Grundsatz eine Einigkeit über die gemeinsame Betreuung von C.

2. Besuchs- und Ferienrecht

- a. (...)
 - b. (...)
 - c. (...).
 - d. Bezüglich Besuchs- und Ferienrecht kann vorab auf die Erwägungen unter Ziffer III. 1. e Abs. 4 hievor zur gemeinsamen Obhut verwiesen werden: Demnach müssen die Eltern die Trennung innerlich bereits bewältigt haben, damit ihnen die gemeinsame Obhut bzw. ein der gemeinsamen Obhut gleichkommendes, ausgedehntes Kontaktrecht gewährt werden kann. Dass dies in casu nicht der Fall ist, ist aktenkundig und wird durch die Parteien auch nicht bestritten. Die Gewährung eines ausgedehnten Kontaktrechts im Sinne des Gutachtens ist somit schon aus diesem Grunde abzulehnen. Bezüglich Zulässigkeit der richterlichen Abweichung von Empfehlungen eines Sachverständigen ist Folgendes festzuhalten: Den Sachverständigen dürfen nie Rechtsfragen unterbreitet werden, da der Richter über solche allein zu entscheiden hat. Können die Expertenfragen nicht ohne Verwendung von Rechtsbegriffen formuliert werden, sind diese dem Gutachter zu erläutern, wenn nicht vorausgesetzt werden kann, dass er ihre Bedeutung kennt (vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 1b zu Art. 268 ZPO). Daraus folgt zweierlei: Was Obhut ist und unter welchen Umständen die gemeinsame Obhut zu gewähren ist, ist Rechtsfrage. Hingegen ist Tatfrage, ob sich die rechtlich bedeutsamen Voraussetzungen für die Gewährung einer gemeinsamen (alternierenden) Obhut bzw. eines ausgedehnten Kontaktrechts verwirklicht haben (vgl. dazu auch GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage 1979, S. 347, § 40, FN 2b). Vorliegend ist das vorinstanzliche Gericht nicht in Willkür verfallen, indem es als Kriterien für die Gewährung der gemeinsamen (alternierenden) Obhut die Wohnsituationen beider Parteien als massgebend erklärt hat sowie die Voraussetzungen der gemeinsamen elterlichen Sorge, d.h. insbesondere die Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit zwischen beiden Elternteilen, analog herangezogen hat (vgl. zum Ganzen auch BGE 123 III 445, 452, E. 3c). Dass diese Kriterien vorliegend erfüllt sind, wird selbst vom Sachverständigen nicht geltend gemacht. Dieser führt im Gegenteil aus, die Situation zwischen den Elternteilen sei „doch sehr strittig“ (vgl. pag. 681). Unter diesen Umständen ist erstellt, dass sich die Vorinstanz jedenfalls nicht über die Einschätzungen des Sachverständigen bezüglich Tatfragen (Beurteilung der allgemeinen Situation, der Risiko- und Schutzfaktoren) hinweggesetzt hat. Hingegen war sie an die Empfehlung bezüglich ausgedehntes Kontaktrecht, welche sich vor allem auf die gute Vater-Sohn-Beziehung abstützt, das rechtlich relevante Verhältnis zwischen den beiden Elternteilen jedoch nicht im notwendigen Masse berücksichtigt, nicht gebunden. Das erstinstanzlich angeordnete, aufbauende Kontaktrecht des Appellanten beruht auf einer sachgerechten Würdigung der Gesamtsituation und ist demnach zu bestätigen.
3. (...)

4. (...)

IV.

[...]

Hinweis:

Das Urteil ist nicht rechtskräftig.