



5A\_575/2017

**Urteil vom 17. August 2017**  
**II. zivilrechtliche Abteilung**

\_\_\_\_\_  
Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,  
Bundesrichter Schöbi, Bovey,  
Gerichtsschreiber Möckli.

\_\_\_\_\_  
Verfahrensbeteiligte

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Adrian Fiechter,  
Beschwerdeführer,

**gegen**

**B.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin Irmgard Camenisch,  
Beschwerdegegnerin.

\_\_\_\_\_  
Gegenstand

Eheschutz,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts von  
Graubünden, I. Zivilkammer, vom 10. Juli 2017.

## **Sachverhalt:**

### **A.**

B.\_\_\_\_\_ (geb. 1985) und A.\_\_\_\_\_ (geb. 1973) heirateten am 23. Januar 2009 vor dem Zivilstandsamt Plessur. Sie sind die Eltern von C.\_\_\_\_\_ (geb. 2008). Seit dem 15. September 2015 leben sie getrennt.

### **B.**

Mit Eheschutzgesuch vom 10. März 2016 verlangte die Mutter u.a., die Tochter sei unter ihre Obhut zu stellen, dem Vater sei ein Besuchsrecht einzuräumen und dieser sei zu Unterhalt an sie und das Kind zu verpflichten. Mit Gesuchsantwort vom 6. Mai 2016 verlangte der Vater u.a., das Kind sei während der Frühschicht unter seine und während der Spätschicht unter die Obhut der Mutter zu stellen und jede Partei habe für den Unterhalt der Tochter selbst aufzukommen.

An der mündlichen Verhandlung vom 26. Mai 2016 erklärten sich die Eltern mit einem kinderpsychologischen Gutachten einverstanden, welches schliesslich am 9. Januar 2017 erstattet wurde.

Am 30. Januar 2017 verlangte die Mutter ergänzend, es sei ihr zu gestatten, den Aufenthaltsort von C.\_\_\_\_\_ per 1. März 2017 von Chur nach Buchs zu verlegen, und sie sei zu ermächtigen, das Kind dort zur Schule anzumelden. Mit Stellungnahme vom 13. Februar 2017 verlangte der Vater, das Kind sei unter seine Obhut zu stellen.

Mit Eheschutzentscheid vom 14. Februar 2017 stellte das Regionalgericht Plessur das Kind bis Ende Februar 2017 unter die elterliche Obhut der Mutter, sodann vom 1. März 2017 (Wegzug der Mutter nach Buchs) bis zum 31. Juli 2017 (Abschluss des Schuljahres in Chur) unter die Obhut des Vaters und ab 1. August 2017 (Beginn des neuen Schuljahres in Buchs) wiederum unter die Obhut der Mutter, je unter Regelung des Besuchsrechts des anderen Elternteils sowie des Unterhaltes.

Mit Urteil vom 10. Juli 2017 wies das Kantonsgericht von Graubünden die Berufung des Vaters ab.

### **C.**

Gegen das kantonsgerichtliche Urteil hat der Vater am 2. August 2017 eine Beschwerde eingereicht. Sodann hat er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Das Gesuch um (superprovisorische)

aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen wurde mit Präsidialverfügung vom 3. August 2017 abgewiesen. Es wurden keine Vernehmlassungen, aber die Akten eingeholt.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Eheschutzentscheid; dagegen steht die Beschwerde in Zivilsachen offen (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 2 und Art. 90 BGG).

Bei Eheschutzentscheiden handelt es sich um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG (BGE 133 III 393 E. 5.1 S. 397; Urteile 5A\_705/2013 vom 29. Juli 2014 E. 1.2; 5A\_746/2014 vom 30. April 2015 E. 1.1), so dass nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich ist, wofür das strenge Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG gilt. Gerügt wird eine Verletzung von Art. 8, 9 und 29 Abs. 2 BV sowie von Art. 6 und 8 EMRK.

### **2.**

In erster Linie umstritten ist die Obhutsfrage. Hauptargument des Vaters ist, dass die Tochter ausdrücklich bei ihm wohnen wolle und ihr Wille berücksichtigt werden müsse.

**2.1** Aufgrund des Wegzuges der Mutter nach Buchs lässt sich die bislang praktizierte alternierende Obhut nicht aufrecht erhalten; vielmehr ist aufgrund der zwischen den Haushalten entstandenen Distanz das Kind unter die Obhut des einen oder anderen Elternteils zu stellen, was zwischen den Parteien unbestritten ist. Im Zusammenhang mit Wegzugsfällen gelten hierfür in Anwendung von Art. 301a Abs. 5 ZGB die üblichen Zuteilungskriterien wie Erziehungsfähigkeit, Bindungstoleranz, Möglichkeit und Bereitschaft zu weitgehend persönlicher Betreuung bzw. adäquates Betreuungskonzept, Bedürfnis des Kindes nach harmonischer Entfaltung, Stabilität der Verhältnisse, Sprache und Schulung, gesundheitliche Bedürfnisse sowie Meinungsäusserung älterer Kinder (vgl. BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 492; 142 III 498 E. 4.4 S. 499 f.).

**2.2** Das Kantonsgericht verzichtete auf eine erneute Anhörung von C. \_\_\_\_\_ mit Verweis auf das Gutachten. Gestützt auf dieses attestierte es in der Sache beiden Elternteilen eine gute Erziehungs-

fähigkeit, jedoch dem Vater eine eingeschränkte Bindungstoleranz, was sich auch im Verfahren bestätigt habe, indem unbegründet immer wieder auf den kulturellen Hintergrund der Mutter verwiesen und gar von einer schwerwiegenden Kindeswohlgefährdung gesprochen worden sei. Zu den Betreuungsmöglichkeiten hielt das Kantonsgericht fest, dass die Mutter neu 60 bis 70 % im Geschäft D.\_\_\_\_\_ arbeite, zukünftig v.a. samstags und sonntags (mit zusätzlicher Zeitgutschrift für die Sonntage), und während der Arbeitszeiten die Grossmutter mütterlicherseits sowie eine Freundin der Familie zur Tochter schauen, während der Vater vollzeitig arbeite und während dieser Zeit die Grossmutter väterlicherseits das Kind betreue, wobei der Vater jeweils am Dienstag frei habe, er über den Mittag heimkehre und es ihm bei den Frühschichten auch möglich sei, der Tochter am Abend bei den Hausaufgaben zu helfen. Auch die Mutter, welche gemäss Gutachten fließend Dialekt spreche und sich gewählt ausdrücke, achte sehr darauf, dass C.\_\_\_\_\_ die Hausaufgaben mache. In Bezug auf die Schulsituation (Förderangebot) stellte das Kantonsgericht für Buchs eine ähnliche Situation wie für Chur fest. Zur Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse hat das Kantonsgericht festgehalten, dass mit dem Übertritt in die 3. Klasse auch in Chur ein Lehrerwechsel anstünde. Im Zusammenhang mit den Äusserungen des Kindes geht das Gutachten von einer starken Ambivalenz und einem Loyalitätskonflikt aus; der elterliche Konflikt führe bei C.\_\_\_\_\_ zu Symptomen psychischer Belastung und sie möchte es beiden Elternteilen recht machen bzw. eine gerechte Verteilung, wobei sie sich bei beiden Eltern gleicherweise wohl fühle.

**2.3** Der Vater rügt im Zusammenhang mit dem Absehen von erneuter Anhörung des Kindes eine Gehörsverletzung und eine willkürliche Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes.

Nach dem Wortlaut von Art. 298 Abs. 1 ZPO stehen die Anhörung des Kindes durch den Richter selbst und jene durch eine beauftragte Drittperson – was auch ein Gutachter sein kann – auf gleicher Stufe. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung soll zwar der Richter die Anhörung in der Regel selbst vornehmen und sie jedenfalls nicht systematisch an Dritte delegieren; ebenso wenig sollen aber die vom Gesetz gewährten Spielräume unnötig beschränkt werden. Insbesondere ist eine Anhörung um der Anhörung willen zu vermeiden und von wiederholten Anhörungen abzusehen, wo dies für das Kind eine unzumutbare Belastung bedeuten würde, was namentlich bei akuten Loyalitätskonflikten der Fall sein kann, und überdies keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären (BGE 133 III 553 E. 4 S. 554; Urteile

5A\_397/2011 vom 14. Juli 2011 E. 2.4; 5A\_821/2013 vom 16. Juni 2014 E. 4; 5A\_775/2016 vom 17. Januar 2017 E. 3.3).

Vorliegend hat im Rahmen der Begutachtung eine mehrfache Anhörung des Kindes stattgefunden – und zwar insbesondere auch zu den Wünschen betreffend die künftige Wohnsituation und zu einem all-fälligen Umzug nach Buchs (angefochtener Entscheid, S. 13), wobei das Ergebnis der Anhörung immer noch als aktuell gelten könne und durch eine erneute Anhörung keine verwertbaren neuen Erkenntnisse zu erwarten wären (angefochtener Entscheid, S. 13 und 14) – und es wurde auch eine spezifische Belastungssituation für das Kind im Zusammenhang mit der Zuteilungsfrage festgestellt (angefochtener Entscheid, S. 14). Vor diesem Hintergrund und der zitierten Rechtsprechung gibt es sachliche Gründe für ein Absehen von erneuter gerichtlicher Anhörung, weshalb weder eine Gehörsverletzung noch ein Verstoss gegen das Willkürverbot vorliegt, zumal die Rüge explizit im Zusammenhang mit der väterlichen Behauptung erhoben wird, dass das Kind für ihn Partei ergriffen habe und zwingend auf dessen Willen abgestellt werden müsse (vgl. dazu nachfolgend, E. 2.4), mithin der Vater das kaum 9-jährige Mädchen gewissermassen in die Schiedsrichterrolle drängen will.

Eine Gehörsverletzung oder ein Verstoss gegen das Willkürverbot ergibt sich auch nicht aus dem Argument, seit Frühling 2017 lebe das Kind bei ihm, weshalb eine erneute Anhörung durch das Kantonsgericht unumgänglich gewesen sei. Die Platzierung beim Vater für die Zeit von März bis Juli 2017 war von Anfang an als (sinnvolle) Übergangslösung gedacht, damit C.\_\_\_\_\_ das 2. Schuljahr in Chur beenden kann. Es sind keine veränderten Verhältnisse ersichtlich, welche eine erneute Anhörung des Kindes erforderlich machen würden.

**2.4** In der Sache behauptet der Vater in erster Linie, das Kind habe klar für ihn Stellung genommen und sein Wille müsse angesichts der Tatsache, dass es bald 9-jährig werde, den Ausschlag für die Zuteilung geben.

Zunächst vermag der Vater durch das Beharren auf seiner Aussage, das Kind habe sich klar für ihn entschieden, keine Willkür aufzuzeigen in Bezug auf die umfangreichen Feststellungen des Kantonsgerichts (namentlich durch Übernahme des auf ausführlichen Grundlagen beruhenden Gutachtens), wonach C.\_\_\_\_\_ peinlich auf eine Gleichbehandlung der Eltern achte. Bei der gutachterlichen Befragung habe sie sich nicht eindeutig geäußert (Befragung vom 28. Juni 2016:

sie fühle sich bei beiden Elternteilen gleichermassen wohl, wenn sie bei der Mutter sei, vermisse sie den Vater, und wenn sie beim Vater sei, vermisse sie die Mutter; Interaktionsbefragung vom 12. Juli 2016: sie wolle eine gerechte Verteilung, bei wem sie jeweils sei; Befragung vom 14. Dezember 2016: sie wisse auch nicht, wo sie lieber wohnen möchte). Bei einer früheren Aussage – an welche sich der Vater klammert – äusserte C.\_\_\_\_\_ den Wunsch, bei ihm zu bleiben; dies war aber nach den kantonalen Sachverhaltsfeststellungen von der Angst motiviert, ihn ansonsten nicht mehr regelmässig sehen zu können, weil er ihr sagte, er würde sie in der Wohnung der Mutter nicht besuchen kommen, falls sie dort leben sollte. Indem der Vater die einmalige Aussage der Tochter, bei ihm leben zu wollen, aus dem aufgezeigten Kontext löst und unter Ausblendung der ansonsten auf Ausgleich gerichteten Äusserungen des Kindes verselbständigt, lässt sich keine willkürliche Sachverhaltsfeststellung dahingehend aufzeigen, dass es erwiesenermassen einem klaren Wunsch des Kindes entspreche, bei ihm zu leben.

Sind die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid willkürfrei, ist dem rechtlichen Vorbringen, der Wille eines bald 9-jährigen Kindes müsse bei Zuteilungsfragen den Ausschlag geben, ansonsten gegen das Willkürverbot verstossen werde, der Boden entzogen. Nur der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass dem ohnehin nicht so wäre (vgl. BGE 131 III 553 E. 1.2.2 S. 556 f.; Urteile 5A\_354/2015 vom 3. August 2015 E. 3; 5A\_775/2016 vom 17. Januar 2017 E. 3.3; 5A\_620/2016 vom 7. März 2017 E. 4).

**2.5** Schliesslich möchte der Vater offenbar die Erziehungsfähigkeit der Mutter infrage stellen, indem er behauptet, seit das Kind bei ihm lebe, gebe es keine erkältungsbedingten Schulabsenzen und Atembeschwerden mehr und auch das vegetative Nervensystem habe sich normalisiert. Im Zusammenhang mit diesen Behauptungen zeigt der Vater nicht auf, dass und inwiefern diese Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens gewesen wären. Selbst wenn die Behauptungen zuträfen (es werden für die Jahre 2015 und 2016 mehrere Abwesenheitsbestätigungen vorgelegt, allerdings für jeweils einen Tag bzw. wenige Tage, wie es für Kinder völlig normal ist) und zu beachten wären, muss dies nichts heissen; dass Erkältungen meist nicht im Sommer auftreten, ist notorisch, und wenn sich das vegetative Nervensystem beruhigt haben sollte, kann dies auch darauf zurückzuführen sein, dass der Loyalitätskonflikt, der nach den gutachterlichen Feststellungen zu einer psychischen Belastung des Kindes führte, vor dem Hintergrund der besseren mütterlichen Bindungstoleranz sich

beim vorübergehenden Aufenthalt im Haushalt des Vaters weniger akzentuiert bemerkbar machte. Indes vermöchte all dies, abgesehen davon, dass es sich um Spekulation handelt, keine Willkür in Bezug auf die ab August 2017 greifende Obhutszuteilung an die Mutter zu begründen, sprechen doch verschiedene sachliche Gründe dafür. So kann die Mutter das Kind in grösserem Umfang persönlich betreuen und weist sie eine grössere Bindungstoleranz auf als der Vater, was sich auch im überdurchschnittlichen Besuchs- und Ferienrecht äussert, wie es in den kantonalen Entscheiden zugunsten des Vaters festgelegt werden konnte.

Weder Willkür noch eine Gehörsverletzung noch eine Verletzung des Rechtes auf Familienleben gemäss Art. 8 EMRK lässt sich mit der (allerdings eher vage und diffus vorgebrachten) Behauptung angeblicher mütterlicher Gewalt dartun. Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, dass und inwiefern er diese Behauptungen zum Thema des Berufungsverfahrens gemacht hätte, weshalb auf den Vorwurf, das Kantonsgericht habe sich nicht mit diesen Vorwürfen befasst, nicht weiter einzugehen ist.

Ebenso wenig sind verfassungsmässige Rechte des Beschwerdeführers verletzt, wenn nunmehr die Grossmutter mütterlicherseits statt diejenige väterlicherseits als Mitbetreuungsperson zum Zug kommt; ohnehin ist davon auszugehen, dass der Kontakt zwischen Kind und Grossmutter väterlicherseits aufgrund des überdurchschnittlichen Besuchs- und Ferienrechts des Vaters und der relativ überblickbaren Distanz zwischen Buchs und Chur aufrechterhalten bleibt.

Keine Willkür in Bezug auf die Obhutszuteilung ergibt sich sodann aus dem Aspekt der Kontinuität der Verhältnisse. Es trifft zweifellos zu, dass C.\_\_\_\_\_ in Chur gut eingelebt ist und Spielkameradinnen hat. In ihrem Alter – und angesichts ihrer aufgeschlossenen Art, wie dies im angefochtenen Entscheid für den betreffenden Kontext festgestellt worden ist – wird sie solche auch in Buchs rasch finden. Von einer "gänzlichen Destabilisierung der örtlichen, familiären und sozialen Verhältnisse des Kindes" kann nicht ansatzweise die Rede sein; die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen ist sehr gut und die beiden Haushalte sind ihr bestens bekannt; im Übrigen sehen diese insofern ähnlich aus, als je die Grossmutter bei der Betreuung eine wichtige Rolle spielt.

Willkürfrei ist ferner die Feststellung des Kantonsgerichts, dass die schulischen Verhältnisse in Buchs und Chur vergleichbar seien (insbesondere auch das Förderangebot). Es kann nicht eine pauschale

Behauptung erhoben und dem Kantonsgericht vorgeworfen werden, diesbezüglich keine eingehende Untersuchung vorgenommen zu haben. Vielmehr wäre es am Vater gewesen darzutun, dass und inwiefern C.\_\_\_\_\_ auf spezifische Angebote angewiesen wäre, zumal auf solche, welche in Buchs im Unterschied zu Chur nicht angeboten würden. Diesbezüglich wird (und wurde, soweit ersichtlich) nichts vorgebracht. Verfehlt ist sodann, wenn auch in diesem Kontext eine Verletzung des Rechts auf Familienleben behauptet wird.

Ein Verstoss weder gegen das Willkürverbot noch die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK ist darzutun mit dem Vorbringen, bei einer Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes nach Buchs könne er nicht mehr Aufgabenhilfe leisten und es sei bei der Gemeinde Buchs nicht abgeklärt worden, ob ein ebenbürtiges Betreuungskonzept bestehe. Das Kantonsgericht hat festgestellt, dass die Mutter zur Aufgabenhilfe gewillt und in der Lage ist und dass sie für die Betreuung bei Arbeitsabwesenheiten auf die Grossmutter mütterlicherseits zählen kann.

**2.6** Zusammenfassend ergibt sich, dass im Zusammenhang mit der Obhutszuteilung infolge des Wegzuges der Mutter nach Buchs keine verfassungsmässigen Rechte des Vaters verletzt wurden.

### **3.**

Umstritten ist ferner die Unterhaltsfrage.

**3.1** Der Beschwerdeführer behauptet, es sei willkürlich, dass der Beschwerdegegnerin nicht wenigstens für die Zeit von März bis Juli 2017 ein grösseres Arbeitspensum angerechnet worden sei, habe sie doch bei der erstinstanzlichen Einvernahme ausgesagt, dass sie ihre Erwerbstätigkeit erhöhen könnte.

Das Kantonsgericht hat in Zweifel gezogen, ob der Beschwerdegegnerin so kurzfristig und bloss vorübergehend (März bis Juli 2017) eine Erhöhung des Pensums überhaupt möglich wäre, und im Übrigen festgehalten, dass ihr ab 1. August 2017 ohnehin die Obhut über die Tochter zugeteilt werde, so dass ein höheres als das aktuelle Arbeitspensum ausser Betracht falle. Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander, weshalb seine Willkürzüge unsubstanziert bleibt und darauf nicht einzutreten ist.

**3.2** Sodann erblickt der Beschwerdeführer Willkür auch im Umstand, dass der Beschwerdegegnerin ab dem Zeitpunkt der Trennung nicht generell ein höheres bzw. ein Vollzeitpensum zugemutet wurde.



Das Kantonsgericht hat sich ausführlich zur Unterhaltsfrage geäußert und befunden, dass sich angesichts des Gesamteinkommens (Ehemann Fr. 5'510.60, Ehefrau Fr. 3'120.--) vor dem Hintergrund der Kinderbetreuung keine Ausdehnung des aktuellen Erwerbsums der Beschwerdegegnerin aufdränge.

Inwiefern dies willkürlich sein soll, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Er beschränkt sich auf die Behauptung, ab der Trennung müsse jeder Teil seine Erwerbsfähigkeit voll ausschöpfen, ohne sich mit der einschlägigen Rechtsprechung zur Zumutbarkeit der Ausdehnung der Erwerbsfähigkeit bei Kinderbetreuung (vgl. BGE 115 II 6 E. 3c S. 10; 137 III 102 E. 4.2.2.2 S. 109; zuletzt Urteile 5A\_128/2016 vom 22. August 2016 E. 5.1.4.3; 5A\_308/2016 vom 7. Oktober 2016 E. 4.1; 5A\_726/2011 vom 11. Januar 2017 E. 4.1) auch nur ansatzweise auseinanderzusetzen. Die Willkürüge bleibt somit unsubstanziert, weshalb auf sie nicht eingetreten werden kann.

**3.3** Schliesslich hält der Beschwerdeführer für willkürlich, dass der Beschwerdegegnerin die Kosten für eine 4½-Zimmer-Wohnung von Fr. 1'610.-- zugestanden wurden, obwohl eine 3½-Zimmer-Wohnung ausreichen würde, welche für einen ähnlichen Mietzins (Fr. 1'200.--) wie die frühere in Chur gefunden werden könnte.

Das Kantonsgericht hielt das bereits im kantonalen Verfahren vorgebrachte Ansinnen für nicht nachvollziehbar, weil beim Beschwerdeführer durchgängig Wohnkosten von Fr. 1'778.-- akzeptiert würden, obwohl er ab 1. August 2017 allein lebe.

Mit dieser Erwägung setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander, weshalb auch diese Willkürüge unsubstanziert bleibt. Ohnehin wäre vor dem Hintergrund, dass beide Teile ein Recht auf eine vergleichbare Wohnsituation haben, nicht ansatzweise Willkür ersichtlich, wird doch dem Beschwerdeführer für seinen Einpersonenhaushalt der grössere Betrag zugestanden als der Beschwerdegegnerin samt Kind.

#### **4.**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, muss sie angesichts der weitgehend unsubstanzierten Rügen als von vornherein aussichtslos betrachtet werden, weshalb es an den materiellen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege mangelt (Art. 64 Abs. 1 BGG) und das betreffende Gesuch abzuweisen ist. Die

Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Gegenseite ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

**3.**

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht von Graubünden, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. August 2017

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

Möckli