

AG_ZIVILGERICHT ZSU.2022.258 vom 13. Februar 2023

Ag Zivilgericht, 2023-02-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_zivilgericht_ZSU.2022.258

FR: AG_ZIVILGERICHT ZSU.2022.258 du 13 février 2023

IT: AG_ZIVILGERICHT ZSU.2022.258 del 13 febbraio 2023

Erwägungen

E. 1.1

Mit Klage vom 9. Dezember 2021 stellte die Klägerin beim Gerichtspräsidium Baden u.a. folgende Begehren: "1. Es sei festzustellen, dass der gemeinsame Haushalt der Parteien per 05.12.2021 aufgehoben ist.

E. 1.2

Am 10. Dezember 2021 verfügte das Gerichtspräsidium Baden superprovisorisch folgendes: "1. Es wird festgestellt, dass die Parteien den gemeinsamen Haushalt per 05.12.2021 aufgehoben haben. 2. Die eheliche Wohnung [...] Q. wird der Gesuchstellerin einstweilen ab sofort für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zur alleinigen Benützung und Bezahlung zugewiesen. 3. Das gemeinsame Kind C., geb. tt.mm.2017, wird einstweilen ab sofort für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts unter die alleinige elterliche Obhut der Gesuchstellerin gestellt. 4.

E. 1.3

Mit Klageantwort vom 15. Dezember 2021 beantragte der Beklagte u.a.: "1. Es sei festzustellen, dass die Parteien seit dem 5. Dezember 2021 getrennt leben. [...] 3. Das gemeinsame Kind C., geb. tt.mm.2017 sei für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts unter die elterliche Obhut der Gesuchstellerin zu stellen. 4. Auf die Anordnung eines Annäherungsverbotes zur Gesuchstellerin und zum gemeinsamen Sohn C. sei zu verzichten. Es sei ein gerichtsübliches Besuchsrecht für den Sohn C. anzuordnen. 5. Die Anordnung, dass der Gesuchsgegner mit dem Sohn C. die Schweiz nicht verlassen darf, sei zu befristen bis zum Abschluss des Eheschutzverfahrens. 6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchstellerin. Prozessrechtlicher Antrag 1. Es sei dem Gesuchsgegner die unentgeltliche Rechtspflege, d.h. die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Rechtsvertretung, zu bewilligen. Dem Gesuchsgegner sei der Unterzeichnete als unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen und einzusetzen. 2. Für eine allfällige Verhandlung sei ein Dolmetscher für die Sprache [...] anzubieten."

E. 1.4

Am 17. Dezember 2021 verfügte das Gerichtspräsidium Baden: "1. Dispositiv-Ziffer 5. der Verfügung vom 10. Dezember 2021 wird wie folgt präzisiert: Dem Gesuchsgegner wird einstweilen ab sofort verboten, sich der Gesuchstellerin oder dem Sohn C. näher als 200 Meter anzunähern und sich näher als in einem Umkreis von 200 Metern am Aufenthaltsort der Gesuchstellerin oder des Sohnes C. aufzuhalten bzw. die Gesuchstellerin oder den Sohn zu belästigen oder zu bedrohen."

E. 1.5

Am 24. Januar 2022 reichte der Beklagte eine Eingabe sowie ergänzende Unterlagen ein und stellte u.a. folgende Begehren:

- 5 - "1. Es sei festzustellen, dass die Parteien seit dem 5. Dezember 2021 getrennt leben. 2.

E. 1.6

Mit Verfügung vom 10. März 2022 wurde für C. eine Kindsvertretung i.S.v. Art. 299 ZPO angeordnet und lic. iur. Markus Leimbacher, Rechtsanwalt, R., als Prozessbeistand bestellt.

E. 1.7

Am 31. März 2022 stellte der Prozessbeistand folgende Begehren: "1. Obhut Die Obhut über C. sei der Kindsmutter zu übertragen.

- 6 - 2. Betreuungskonzept

E. 1.8

Am 3. Mai 2022 fand eine Verhandlung statt, anlässlich welcher eine Par- teibefragung durchgeführt wurde.

E. 1.9

Am 1. November 2022 (mit Berichtigung vom 7. November 2022) erkannte das Gerichtspräsidium Baden u.a.: "[...] 3. Der Sohn C., geb. tt.mm. 2017 wird für die Dauer der Aufhebung des ge- meinsamen Haushaltes zur Pflege und Erziehung unter die Obhut der Ge- suchstellerin gestellt. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Gesuchsgegner zustimmen muss, falls die Gesuchstellerin den Aufenthaltsort des Sohns ins Ausland verlegen will oder der Wechsel des Aufenthaltsortes auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr erhebliche Auswirkungen hat.

- 7 - 4.

E. 2.1

Die Vorinstanz stellte den Sohn C. unter die Obhut der Klägerin (Dispositiv- Ziffer 3) und nahm gleichzeitig Vormerk davon, dass der Beklagte zustim- men müsse, falls die Klägerin den Aufenthaltsort des Sohnes ins Ausland verlegen wolle oder der Wechsel des Aufenthaltsortes auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr erhebliche Auswirkun- gen habe. Sie prüfte vorab die Erziehungsfähigkeit der Parteien und erwog (E. 5.5. des angefochtenen Entscheids), die gegen die Klägerin vorge- brachten Vorwürfe blieben grösstenteils unbelegt. Es sei nicht substantiiert dargelegt, dass sich die Klägerin ungenügend um C. kümmere und nicht auf seine Bedürfnisse eingehe. Die Erziehungsfähigkeit der Klägerin sei klar als gegeben zu erachten. Gegen den Beklagten ständen Vorwürfe im Raum, die teilweise von ihm bestätigt worden seien, und die Zweifel an seiner Erziehungsfähigkeit aufkommen liessen (E. 5.5.5.). So habe er in der Vergangenheit C. nach eigenen Aussagen schon physisch (mit Schlä- gen) und psychisch (durch Drohungen mit dem Gürtel und betreffend Penis abschneiden) bestraft. Dies seien Methoden, die grundsätzlich nicht von einem fürsorglichen Erziehungsstil zeugten. Es sei nicht relevant, dass der Beklagte aufgrund seiner Herkunft möglicherweise einen härteren Erzie- hungsstil gewohnt sein könnte. Dies vermöge höchstens als Erklärung, nicht jedoch als Rechtfertigung für physische und psychische Gewalt zu dienen. Ebenfalls kritisch zu betrachten seien die zahlreichen Anrufe, in denen der Beklagte versuche, den aktuellen Aufenthaltsort seines Sohnes herauszufinden, das Ausfragen nach neuen Partnern der Klägerin sowie das Video, das der Beklagte anlässlich des ersten begleiteten Besuchs auf-

genommen habe. Im Einzelnen bleibe jedoch insbesondere hinsichtlich der Telefonanrufe unklar, ob die hohe Anzahl mehr der Fürsorglichkeit des Vaters entspringe oder eher Überwachungszweck hätten. Insgesamt beständen zwar durchaus gewisse Zweifel an der Erziehungsfähigkeit des Beklagten, die Anhaltspunkte würden jedoch nicht ausreichen, um ihm insgesamt die Erziehungsfähigkeit abzusprechen. Die Vorinstanz prüfte weiter (E. 5.6.), welche Partei die Möglichkeit habe und dazu bereit sei, C. persönlich zu betreuen. Sie erwog dazu, die Klägerin nehme die persönliche Betreuung des Sohnes bereits heute (neben ihrer Teilzeitarbeit) wahr. Der Beklagte hingegen sei arbeitslos, habe keine eigene Wohnung, sondern lebe in seinem Auto sowie teilweise bei Freunden oder in Hotels. Er habe zwar die Zeit, aber nicht die Infrastruktur, um C. persönlich zu betreuen. Schliesslich sei die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse sowie die Einbettung des Kindes in ein weiteres soziales Umfeld zu beachten. Diesbezüglich sei bei der Klägerin die Kontinuität der Betreuungslösung und des sozialen Umfelds gewährleistet (E. 5.7.1.). Es rechtfertige sich, den gemeinsamen Sohn im Sinne des Kindeswohls unter die Obhut der - 13 - Klägerin zu stellen, da sie nicht nur bis anhin Hauptbetreuungs- und Bezugsperson für C. gewesen sei, sondern auch weiterhin die geeigneten Strukturen bieten könne, um für C. ein stabiles Umfeld zu gewährleisten. Dem Beklagten fehlten zurzeit die nötigen Strukturen wie Wohnung und Arbeitsstelle (E. 5.7.2.). Er sei zudem weniger stark in der Region und überhaupt in der Schweiz verankert als die Klägerin. Beim Beklagten würde es für C. nicht nur zu einem Kontinuitäts- und Stabilitätsverlust kommen, sondern es sei überhaupt fraglich, ob er den Sohn bei sich aufnehmen könne, da er keine eigene Wohnung habe. Schliesslich sprächen letztlich auch die vorhandenen Zweifel an der Erziehungsfähigkeit des Beklagten gegen eine Obhutszuteilung an ihn (E. 5.9.).

E. 2.2

Am 6. Dezember 2022 reichte der Kindsvertreter eine Berufungsantwort ein und beantragte die kostenfällige Abweisung der Berufung sowie die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren.

E. 2.2.1

Der Beklagte macht in der Berufung geltend (Art. 2), es sei unbestritten, dass zwischen den Parteien ein erheblicher Konflikt bestehe, der schliesslich zur Trennung geführt habe. Ohne Beweise und allein aufgrund der Behauptungen von Seiten der Klägerin sei der Beklagte aus der ehelichen Wohnung geworfen und ein Kontaktverbot zwischen ihm und der Klägerin verfügt worden. Damit sei dem Beklagten aber auch der Kontakt zu seinem Sohn verunmöglicht worden. Der Kontakt zwischen Vater und Sohn sei tief verwurzelt. Anlässlich der aktuell durchgeführten begleiteten Besuche habe festgestellt werden können, dass die beiden eine starke und unbeschwerte Verbindung hätten. C. selber habe immer wieder den Wunsch geäussert, dass er bei seinem Vater leben wolle. Natürlich könne man sagen, dass sich C. in einem Loyalitätskonflikt befinde. Vorliegend komme aber hinzu, dass die Klägerin dem Vernehmen nach schnell überfordert sei mit der Betreuung der Kinder und dadurch auch an ihre Grenzen komme. Wie der Beklagte bereits vor Vorinstanz ausgeführt habe, habe es deswegen schon in der Vergangenheit Probleme zwischen der Klägerin und ihrer Tochter D. gegeben. Der Beklagte wisse von der Vergangenheit, dass D. immer wieder von ihrer Mutter geschlagen worden sei, als diese an die Grenzen mit der Betreuung gestossen sei. Er gehe davon aus, dass sie das auch mit C. mache bzw. machen werde. Für den Beklagten sei daher klar, dass das Kindeswohl von C. besser gewahrt sei,

wenn er beim Vater wohne. Die Obhut beim Beklagten entlaste zudem die Klägerin und man könne davon ausgehen, dass sie bei der Betreuung von C. nicht mehr überlastet sei und es zu keinen Aggressionen von ihrer Seite komme. Abschliessend führt der Beklagte aus, dass er sich einer alternierenden Obhut nicht verschliessen würde, sobald die Voraussetzungen dafür gegeben seien.

- 14 -

E. 2.2.2

Die Klägerin hält dem entgegen (Berufungsantwort B. 2), es lägen keinerlei Defizite bei der Bindungstoleranz sowie der Erziehungsfähigkeit der Klägerin vor. Die Zusprechung der alternierenden Obhut bzw. die Voraussetzungen für die Zusprechung der alternierenden Obhut seien weder mit Wohnsitz der Parteien beidseits in Q. noch aktuell mit den Wohnsitzen Q. und S. gegeben.

E. 2.2.3

Der Prozessbeistand von Sohn C. führt aus (Berufungsantwort S. 5), seine Nachfragen hätten ergeben, dass immerhin regelmässige Kontakte zwischen dem Beklagten und C. stattfänden. Seit Mai 2022 sehe der Kindsvater seinen Sohn an jedem dritten Samstag im Monat im Rahmen des BBT (Begleitete Besuchstage Aargau) in Q.. Diese fänden jeweils von 13.15 bis 16.45 Uhr statt. Diese Entwicklung sei zu begrüssen, ändere aber nichts daran, dass keine Hinweise dafür beständen, dass C. nicht unter die Obhut der Kindsmutter gestellt werden könne. Die Berufung des Beklagten auf Zuteilung der Obhut von C. an ihn sei abzuweisen.

E. 2.3

Haben Parteien minderjährige Kinder, trifft das Gericht nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m Art. 176 Abs. 3 ZGB). Es überträgt einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Es kann sich auch auf eine Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsteile beschränken, wenn keine Aussicht besteht, dass sich die Eltern diesbezüglich einigen (Art. 298 Abs. 2 ZGB). Bei gemeinsamer elterlicher Sorge muss auf Begehren eines Elternteils oder des Kindes hin der mit dieser Frage befasste Richter prüfen, ob eine alternierende Obhut möglich und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist (Art. 298 Abs. 2ter ZGB; BGE 142 III 612 E. 4.2 mit Hinweis). Da von keiner der Parteien eine alternierende Obhut beantragt wird, muss vorliegend nicht geprüft werden, ob eine alternierende Obhut anzuordnen ist. Gilt es darüber zu entscheiden, welchem Elternteil die Obhut übertragen wird, hat das Wohl des Kindes nach der Rechtsprechung Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern (BGE 136 I 178 E. 5.3; BGE 117 II 353 E. 3). Deren Erziehungsfähigkeit ist als Erstes zu klären. Ist sie bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und bereit ist, sie persönlich zu betreuen (BGE 115 II 317 E. 2; BGE 5A_28/2020 E. 3.1). Allerdings hat das Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung wiederholt auch festgehalten, dass die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, hauptsächlich dann eine Rolle spiele, wenn spezifi-

- 15 - sche Bedürfnisse des Kindes eine persönliche Betreuung notwendig erscheinen lassen oder wenn ein Elternteil selbst in den Randzeiten (morgens, abends und an den

Wochenenden) nicht bzw. kaum zur Verfügung stünde; ansonsten sei von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen (BGE 5A_241/2018 E. 5.1; vgl. auch BGE 144 III 481 E. 4.6.3 und E. 4.7). Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung [Erziehungsfähigkeit und Möglichkeit der persönlichen Betreuung] ungefähr in gleicher Weise, kann die für eine harmonische Entfaltung notwendige Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Das Kriterium der zeitlichen Verfügbarkeit und damit die Möglichkeit der persönlichen Betreuung kann hinter das Kriterium der Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse zurücktreten, soweit die Eltern ungefähr gleiche erzieherische Fähigkeiten haben (BGE 5A_968/2016 E. 3.1; 5A_412/2015 E. 8.2; 5A_972/2013 Er 3; 5C.212/2005 E. 4.2 und 4.4.1). Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich weitere Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten und insbesondere die Beziehung zum anderen Elternteil zuzulassen und aktiv zu fördern (sog. Bindungstoleranz; zum Begriff BGE 5A_138/2012 E. 3-5), oder die Forderung, dass die Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (BGE 5A_968/2016 E. 3.1; BGE 5A_157/2012 E. 3.1; BGE 5A_28/2020 E. 3).

E. 2.4.1

Vor Obergericht wird die Feststellung der Vorinstanz, beide Parteien seien grundsätzlich erziehungsfähig (E. 5.5.5.), nicht explizit bestritten. Soweit der Beklagte vorbringt, die Klägerin sei schnell überfordert mit der Betreuung der Kinder und stosse dabei an ihre Grenzen, die Tochter D. sei immer wieder von ihrer Mutter geschlagen worden und er gehe davon aus, dass sie dies auch bei C. mache, so ist entsprechend den Ausführungen der Vorinstanz festzuhalten, dass die Vorwürfe gegen die Klägerin unbelegt bleiben und nicht geeignet sind, die Erziehungsfähigkeit der Klägerin in Frage zu stellen. Generell ist zudem darauf hinzuweisen, dass eine gewisse Bandbreite elterlicher Schwächen in Kauf zu nehmen ist und nicht jedes Abweichen vom Ideal eine kindesschutzrechtliche Intervention rechtfertigt bzw. als für die Obhut zuteilung wesentliche Kindwohlgefährdung qualifizierte werden muss (vgl. BIDERBOST, Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht., 3. Auflage, 2016, N. 1 und 9 f. zu Art. 307 ZGB). Mit der Vorinstanz ist somit von der grundsätzlichen Erziehungsfähigkeit beider Parteien auszugehen.

- 16 -

E. 2.4.2

Unbestritten blieb vor Obergericht die Feststellung der Vorinstanz, dass die Klägerin bis anhin schon Hauptbetreuungs- und Bezugsperson für C. gewesen sei und sie auch weiterhin die geeigneten Strukturen bieten könne, um C. ein stabiles Umfeld zu gewährleisten. Mit den Ausführungen der Vorinstanz, weshalb der Sohn unter die Obhut der Kindsmutter zu stellen sei und nicht unter diejenige des Beklagten, setzt sich der Beklagte denn auch nicht substantiiert auseinander. Er bringt lediglich vor, er habe mittlerweile eine 3.5-Zimmerwohnung in Q. gefunden, die geeignet sei, mit C. zusammenzuleben. Inwiefern er seinem Sohn jedoch dieselbe Stabilität und Fürsorge wie die Klägerin ermöglichen könnte, legt er nicht dar.

E. 2.4.3

Weiter unbestritten bzw. vom Beklagten bestätigt ist, dass es in der Vergangenheit zu mehreren Vorfällen von physischer (mit Schlägen) und psychischer (durch Drohungen mit

dem Gürtel und betreffend Penis abschneiden) Gewalt seitens des Beklagten gegenüber dem Sohn gekommen ist. In der persönlichen Befragung führte der Beklagte selbst aus, dass er seinen Sohn bereits zweimal "in einem Affekt" geschlagen habe (act. 181). Wie bereits die Vorinstanz korrekt erwogen hat (E. 5.5.5.), zeugen die Methoden des Beklagten nicht von einem fürsorglichen Erziehungsstil. Der Beklagte legt auch nicht dar, inwiefern er künftig andere Erziehungsmethoden anwenden und nicht mehr auf physische oder psychische Gewalt zurückgreifen würde. Mit seinem pauschalen Vorbringen, dass das Kindeswohl von C. besser gewahrt würde, wenn er bei seinem Vater wohnte, setzt sich der Beklagte nicht genügend mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander. Er legt auch nicht dar, weshalb vorliegend ein Erziehungsfähigkeitsgutachten notwendig sei. Auf die Einholung eines solchen – im Eheschutz- bzw. Massnahmeverfahren ohnehin nur unter besonderen Umständen anzuordnenden (BGE 5A_529/2014 E. 2.3) - Gutachtens ist daher zu verzichten und der in der Berufung (Art. 2) gestellte Antrag ist abzuweisen.

E. 2.5

Der Gesuchgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin an den Unterhalt seines Sohnes C., geb. tt.mm.2017, monatlich vorschüssig abzufolgen den Beitrag zu bezahlen: CHF 1100.00 Dezember 2021 (davon CHF 0.00 Betreuungsunterhalt) CHF 1250.00 ab 01.01.2022 (davon CHF 0.00 Betreuungsunterhalt) zuzüglich allfällig bezogene Kinderzulagen

E. 2.5.1.1

Der Beklagte führt weiter aus (Berufung Art. 2), ein Hinweis, dass die Kindsmutter C. bewusst und aktiv dem Kindsvater wegnehmen wolle, finde sich im Umstand, dass sie – ohne den Beklagten zu informieren – mit C. weggezogen sei und neu in S. wohne. Da die Parteien nach wie vor über die gemeinsame elterliche Sorge verfügten, hätte sie vorweg den Kontakt mit dem Beklagten suchen müssen. Sie begründe den Umstand, dass sie nicht fragen müsse, damit, dass C. Schweizer sei und im ganzen Land leben dürfe, was "natürlich so nicht stimme". Dieses Beispiel zeige, dass sie ihre Verpflichtung als sorgeberechtigter Elternteil nicht wahrnehme. Sie hätte diesen Umzug mit dem Beklagten besprechen müssen, zumal dieser inzwi-

- 17 - schen in Q. eine Wohnung gefunden habe, die geeignet sei, mit C. zusammenzuleben. Der Beklagte mache alles, um in der Nähe seines Sohnes zu sein, wohingegen die Klägerin alles mache, um ihm den Kontakt zu verunmöglichen. Es beständen daher klare Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Klägerin und es sei davon auszugehen, dass das Kindeswohl von C. besser beim Beklagten gewahrt werde, als bei der Klägerin.

E. 2.5.1.2

Die Klägerin hält dem entgegen (Berufungsantwort B. 2), der Wegzug der Klägerin nach S. behindere die Ausübung des zugesprochenen Kontaktrechts in keiner Weise. Aktuell finde das Kontaktrecht noch immer begleitet über BBT statt. Es lägen keinerlei Defizite bei der Bindungstoleranz sowie der Erziehungsfähigkeit der Klägerin vor.

E. 2.5.2.1

In Bezug auf den Wechsel des Aufenthaltsortes eines Kindes gilt was folgt: Die Kinder stehen, solange sie minderjährig sind, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter (Art. 296 Abs. 2 ZGB). Die elterliche Sorge schliesst das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Üben die Eltern, wie

vorliegend, die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so bedarf dies der Zustimmung des andern Elternteils oder des Gerichts oder der Kinderschutzhilfe, wenn der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat (Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB). Soweit dies erforderlich ist, verständigen sich die Eltern unter Wahrung des Kindeswohls über eine Anpassung der Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs und des Unterhaltsbeitrages. Können sie sich nicht einigen, entscheidet das Gericht beziehungsweise die Kinderschutzhilfe (Art. 301a Abs. 5 ZGB). Grundgedanke dieser Regelung ist, dass die Beziehung zu den Elternteilen vom Aufenthaltsort des Kindes abhängt und deshalb keiner alleine diesen verlegen können soll, wenn dadurch die Ausübung der Elternrechte des andern erheblich betroffen wird. Was die Auslegung von Art. 301a ZGB und dabei insbesondere die für die Wegzugsfrage relevanten Kriterien anbelangt, bildet der beim Erlass dieser Bestimmung bewusst getroffene Entscheidung des Gesetzgebers, dass die Niederlassungs- bzw. die Bewegungsfreiheit der Elternteile zu respektieren ist, den Ausgangspunkt. Die – ohne hin kaum justiziablen – Motive des wegziehenden Elternteils stehen beim Entscheid nach Art. 301a Abs. 2 ZGB grundsätzlich nicht zur Debatte. Bei der Auslegung und Anwendung von Art. 301a ZGB ist demnach von der Voraussetzung auszugehen, dass der eine Elternteil in Ausübung seiner Freiheitsrechte wegziehen will. Es geht somit nicht darum, einen Vorzustand fortauern zu lassen, sondern eine neue Situation zu regeln (Art. 301a Abs. 5 ZGB). Die vom Gericht oder der Kinderschutzhilfe zu

- 18 - beantwortende Frage lautet folglich nicht, ob es für das Kind vorteilhafter wäre, wenn beide Elternteile am bisherigen Ort verblieben. Die entscheidende Fragestellung ist vielmehr, ob sein Wohl besser gewahrt ist, wenn es mit dem zugewilligen Elternteil umsiedelt oder wenn es sich beim zurückbleibenden Elternteil aufhält, wobei diese Frage unter Berücksichtigung der auf Art. 301a Abs. 5 ZGB gestützten Anpassung der Kinderbelange (Betreuung, persönlicher Verkehr, Unterhalt) an die bevorstehende Situation zu beantworten ist. Zwischen der Anpassung der Kinderbelange und der unter dem Aspekt des Kindeswohls zu beantwortenden Frage, ob die Verlegung des Aufenthaltsortes zu bewilligen ist, besteht eine enge Interdependenz (gegenseitige Abhängigkeit; BGE 142 III 502 E. 2.5). Ausgangspunkt der Überlegungen bildet dabei das bisher gelebte Betreuungsmodell. Sind die Kinder bislang von beiden Elternteilen weitgehend zu gleichen Teilen betreut worden (geteilte bzw. alternierende Obhut) und sind beide Teile weiterhin willens und in der Lage, persönlich oder im Rahmen eines im Kindeswohl liegenden Betreuungskonzeptes für das Wohl der Kinder zu sorgen, so ist die Ausgangslage gewissermassen neutral. Diesfalls ist anhand weiterer Kriterien (wie familiäres und wirtschaftliches Umfeld, Stabilität der Verhältnisse, Sprache und Beschulung, gesundheitliche Bedürfnisse, Meinungsäußerung älterer Kinder) zu eruieren, welche Lösung im besten Interesse des Kindes liegt. War hingegen der zugewillige Elternteil nach dem bisher tatsächlich gelebten Betreuungskonzept ganz oder überwiegend die Bezugsperson (z.B. beim klassischen Besuchsrechtsmodell nach einer Trennung), wird es tendenziell zum besseren Wohl der Kinder sein, wenn sie bei diesem verbleiben und folglich mit ihm wegziehen. Die für einen Verbleib der Kinder am bisherigen Ort notwendige Umteilung an den anderen Elternteil – welche ohnehin voraussetzt, dass dieser fähig und bereit ist, die Kinder bei sich aufzunehmen und für eine angemessene Betreuung zu sorgen – bedarf jedenfalls der sorgfältigen Prüfung, ob sie tatsächlich dem Kindeswohl

entspricht. Für die Beurteilung des Kindeswohls sind somit immer die konkreten Umstände des Einzelfalles massgeblich. Indes wird dem wegzugswilligen Elternteil, welcher die Kinder bislang überwiegend betreut hat und dies auch in Zukunft tun wird, die Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder in der Regel zu bewilligen sein. Sind keine plausiblen Gründe für einen Wegzug ersichtlich und zieht ein Elternteil offensichtlich nur weg, um das Kind dem anderen Elternteil zu entfremden, ist die Bindungstoleranz und damit Erziehungsfähigkeit des betreffenden Elternteils in Frage gestellt mit der Folge, dass die Umteilung des Kindes in Erwägung zu ziehen ist. Insofern können die Wegzugsmotive beschränkt auf Einzelfälle indirekt eine Rolle spielen. Auch in solchen Konstellationen setzt freilich die Umteilung der Kinder an den anderen Elternteil voraus, dass dieser erziehungsfähig ist und er die Kinder tatsächlich bei sich aufnehmen und betreuen kann (BGE 142 III 481 E. 2.7).

- 19 -

E. 2.5.2.2

Die Klägerin ist auf den 1. Dezember 2022 nach S. gezogen, wo sie mit ihrem neuen Partner wohnt. Die Strecke von Q. nach S. beträgt gut 50 Kilometer und die Fahrzeit mit dem Auto rund 45 Minuten (gemäss Internetdienst google maps). Das Besuchsrecht findet vorerst noch begleitet über BBT statt. Die Ausübung dieses Besuchsrechts oder eines später gegebenenfalls unbegleiteten ist auch mit einer Fahrzeit von 45 Minuten durchaus möglich. Es ist somit nicht ersichtlich, inwiefern der Wechsel des Aufenthaltsortes von C. nach S. erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr mit dem Beklagten hätte. Es hätte somit kein Grund bestanden, diesem Wechsel die Zustimmung zu versagen. Es ist auch nicht nachvollziehbar, inwiefern der Wechsel des Aufenthaltsortes Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Klägerin aufkommen lassen sollte.

E. 2.6.1

Der Beklagte führt aus (Berufung Art. 2), C. habe selbst immer wieder den Wunsch geäussert, dass er bei seinem Vater leben wolle. Natürlich könne man sagen, dass C. sich in einem Loyalitätskonflikt befinde. Vorliegend käme aber hinzu, dass die Klägerin dem Vernehmen nach schnell überfordert sei mit der Betreuung der Kinder.

E. 2.6.2

Der Wille des Kindes ist eines von mehreren Kriterien beim Entscheid über die Obhutszuteilung. Bei der Berücksichtigung des Kindeswillens ist das Alter des Kindes bzw. dessen Fähigkeit zu autonomer Willensbildung zu berücksichtigen. Vom Vorliegen dieser Fähigkeit ist ungefähr ab dem

E. 2.6.3

Die Vorinstanz hat diesbezüglich zutreffend festgestellt (E. 5.8.2.), C. sei erst fünf Jahre alt und befinde sich zudem betreffend Betreuungsregelung in einem Loyalitätskonflikt. Die Urteilsfähigkeit für die Thematik der Obhutszuteilung müsse deshalb klar verneint werden, weshalb allfällige Wünsche von C. für diesen Entscheid ausser Acht gelassen werden müssten. Der Beklagte bringt nicht substantiiert vor, inwiefern und aus welchen Gründen bei C. von Urteilsfähigkeit bezüglich der Obhutszuteilung ausgegangen werden müsste und dem vom Kind geäusserten Willen massgebliche Bedeutung zuzumessen wäre.

E. 2.7

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Beklagte nicht darlegt und auch keine Umstände glaubhaft gemacht sind, die darauf schliessen lassen, die Obhutszuteilung an die Klägerin entspreche nicht dem Kindeswohl.

- 20 - Aufgrund dieser Ausführungen ist der vorinstanzliche Entscheid betreffend Obhut nicht zu beanstanden und der gemeinsame Sohn ist unter die alleinige Obhut der Klägerin zu stellen. Die Berufung ist in diesem Punkt (Antrag Ziffer 2) somit abzuweisen. 3. Die für den Fall eines vom vorinstanzlichen abweichenden Obhutsentwurfs gestellten Berufungsanträge 4 (Besuchsrecht der Klägerin) und 6 (Verpflichtung der Klägerin zur Leistung von Kinderunterhalt) sind somit nicht zu prüfen. Gleiches gilt für Berufungsantrag 2 betr. Beistandschaft, mit dem – zudem im Widerspruch zur Berufungsbegründung (Art. 3) – verlangt wird, "den Kontakt zwischen C. und seiner Mutter zu begleiten". Weiter ist festzuhalten, dass die Vorinstanz mit Dispositiv Ziffer 4.1. eine Beistandschaft für C. nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet hat und deren Aufgabenbereiche definierte. Es ist entsprechend nicht ersichtlich, worauf der Antrag, "es sei eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB zu errichten", zielt. 4.

E. 3

Der Gesuchgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin an ihren persönlichen Unterhalt monatlich vorschüssig ab 01.12.2021 bis 31.12.2021 CHF 270.00 und ab 01.01.2022 CHF 450.00 zu bezahlen.

E. 4

Es sei festzustellen, dass der Gesuchgegner CHF 0.00 an anrechenbaren Unterhaltsbeitrag gemäss den Begehren in Ziffer 2.5 und Ziffer 3 geleistet hat. [...]

- 3 -

E. 4.1

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 2'000.00 sowie die Kosten der Kindsvertretung von Fr. 995.85, total Fr. 2'995.85 werden zu 9/10 mit Fr. 2'696.25 dem Beklagten und zu 1/10 mit Fr. 299.60 der Klägerin auferlegt. Der Anteil des Beklagten wird zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege unter dem Vorhalt der späteren Nachzahlung (Art. 123 ZPO) einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

E. 4.1.1

Dem Beklagten wurde im angefochtenen Entscheid verboten, sich der Klägerin oder dem Sohn gegen deren Willen zu nähern bzw. die Gesuchstellerin und den Sohn zu belästigen oder zu bedrohen. Zur Begründung wurde ausgeführt (E. 8.5.), der Verdacht, dass der Beklagte in der Vergangenheit physische und psychische Gewalt gegenüber seinem Sohn C. ausgeübt haben könnte, habe sich im Laufe des Verfahrens erhärtet, nachdem der Beklagte die Vorwürfe teilweise gar bestätigt habe. Im Zeitpunkt der in diesem Zusammenhang erfolgten superprovisorischen Verfügung habe noch keine Regelung des Besuchsrechts des Beklagten bestanden. Der angefochtene Entscheid sehe eine Besuchsregelung vor, die zum Ziel habe, die Beziehung zwischen den Parteien hinsichtlich der Kinderbelange zu normalisieren und mittelfristig unbegleitete Kontakte sowie auch Ferien des Beklagten mit seinem Sohn zu ermöglichen. Eine Fortführung des Annäherungsverbots unterstütze diese Bemühungen um eine Normalisierung, da so ein strukturierter Besuchsrhythmus ohne potentielle Zwischenfälle zwischen den Parteien

möglich sei. Gleiches gelte für das Verbot der Belästigung und der Bedrohung. Dies auch deshalb, weil der Konflikt zwischen den Parteien offenbar weiterhin bestehe. Es rechtfertige sich somit, das Annäherungs-, Belästigungs- und Bedrohungsverbot gemäss Ziff. 5. der superprovisorischen Verfügung vom 10. Dezember 2021 bzw. deren Präzisierung vom 17. Dezember 2021 zu bestätigen. Das Annäherungsverbot sei vor dem Hintergrund der neuen Besuchsregelung insofern zu präzisieren, als nur eine Annäherung gegen den Willen der Klägerin bzw. des Sohnes C. zu verbieten sei.

- 21 -

E. 4.1.2

Der Beklagte begründet seinen Antrag auf Aufhebung des Kontaktverbots damit, dass sich die Situation zwischen den Parteien dahingehend beruhigt habe, dass sie wieder einigermaßen kommunizieren könnten. So sei zum Beispiel die Herausgabe der persönlichen Gegenstände des Beklagten aus der ehemals ehelichen Wohnung ohne Zwischenfälle organisiert worden und er habe alles zu sich nehmen können. Weiter habe die Klägerin dem Beklagten die neue Adresse in S. per SMS mitgeteilt. Hätte sie Angst vor dem Beklagten, hätte sie ihm wohl kaum die vollständige Adresse mitgeteilt, sondern allenfalls nur den Ort, wo sie wohne. Sie habe das getan, weil ihr klar sei, dass vom Beklagten keine Gefahr ausgehe und auch nie ausgegangen sei. Damit sei das Kontaktverbot obsolet geworden und aufzuheben (Berufung Art. 5).

E. 4.2

Die Obergerichtskasse wird angewiesen, dem Prozessbeistand lic. iur. Markus Leimbacher, Rechtsanwalt, Brugg, eine Entschädigung von Fr. 995.85 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen. 5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin 4/5 ihrer zweitinstanzlichen Parteikosten in der richterlich festgesetzten Höhe von Fr. 2'300.00 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer), d.h. 1'840.00 zu bezahlen. Zustellung an: [...]

- 32 - Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG) Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Der Streitwert des kantonalen Verfahrens übersteigt Fr. 30'000.00. Aarau, 13. Februar 2023 Obergericht des

Kantons Aargau Zivilgericht, 5. Kammer Der Präsident Die Gerichtsschreiberin: Brunner
Donauer

E. 9

Der Gesuchgegner ist zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen angemessenen Prozesskostenvorschuss für das vorliegende Verfahren und das Scheidungsverfahren von CHF 6'000.00 zu bezahlen. Eventuell ist der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und die unterzeichnende Anwältin als unentgeltliche Rechtsvertreterin einzusetzen.

E. 10

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. 7.7% MWST zu Lasten des Gesuchgegners."

E. 12

Altersjahr auszugehen (BGE 5A_875/2017 E. 3.3; BGE 5A_984/2019 E. 3.3).

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