

# AG\_ZIVILGERICHT ZSU.2024.205 vom 12. Februar 2025

Ag Zivilgericht, 2025-02-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag\\_zivilgericht\\_ZSU.2024.205](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_zivilgericht_ZSU.2024.205)

FR: AG\_ZIVILGERICHT ZSU.2024.205 du 12 février 2025

IT: AG\_ZIVILGERICHT ZSU.2024.205 del 12 febbraio 2025

## Erwägungen

### E. 47

ff., S. 52). Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZPO kann das Gericht zwar auf die Durchführung einer Verhandlung verzichten, wenn der Sachverhalt aufgrund der Eingaben der Parteien klar oder unbestritten ist (LÖTSCHER/SCHENK, a.a.O., N. 11 ff. zu Art. 273 ZPO; BÄHLER, in: BSK- ZPO, a.a.O., N. 2 zu Art. 273 ZPO). Wenn Kinderbelange Regelungsgegenstand des Begehrens bilden, ist aber selbst bei klarem und unbestrittenem Sachverhalt eine persönliche Anhörung der Eltern vorzunehmen (Art. 297 Abs. 1 ZPO), welche üblicherweise an der Verhandlung erfolgt (Art. 273 Abs. 1 ZPO; SPYCHER, a.a.O., N. 9 zu Art. 297 ZPO). Erforderlich ist ein Gespräch, in dem die Eltern Gelegenheit erhalten, sich frei zu äussern (MICHEL/BRUTTIN, a.a.O., N. 7 zu Art. 297 ZPO). Die Anhörung dient einerseits der Sachverhaltsermittlung, stellt aber auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Eltern dar (VAN DE GRAAF, in: Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 297 ZPO). Unterbleiben darf die Anhörung grundsätzlich nur bei Unmöglichkeit (z.B. unbekannter Aufenthalt, Urteilsunfähigkeit, Krankheit; vgl. SPYCHER, a.a.O., N. 10 zu Art. 297 ZPO). Der Beklagten ist darin beizupflichten, dass – da vorliegend mit der strittigen Obhut Kinderbelange betroffen sind – grundsätzlich eine Anhörung der Parteien durchzuführen war. Die Ausnahmesituation des vorliegenden Falls kann indessen nicht ausser Acht gelassen werden. So wurde das vor-

- 8 - liegend zu beurteilende vorsorgliche Massnahmeverfahren zwischen der Eröffnung des Scheidungsentscheids im Dispositiv sowie der Zustellung des vollständig begründeten Scheidungsurteils eingeleitet (vgl. Prozessgeschichte Ziff. 1.2 oben). Die Einleitung des vorsorglichen Massnahmeverfahrens erfolgte somit in einem Zeitpunkt, in welchem gemäss kantonaler Praxis zur bis 31. Dezember 2024 geltenden ZPO weder das erst- noch das zweitinstanzliche Scheidungsgericht für einen Antrag um vorzeitige Vollstreckung des Scheidungsentscheids im Sinne von Art. 315 Abs. 2 aZPO zuständig war (vgl. im Gegensatz dazu Art. 315 Abs. 5 der ab 1. Januar 2025 geltenden ZPO, wonach die Rechtsmittelinstanz bereits vor Einreichung der Berufung über die aufschiebende Wirkung der Berufung entscheiden kann). Um gegen die der Berufung von Gesetzes wegen anhaftenden aufschiebenden Wirkung (Art. 315 Abs. 1 ZPO) vorzugehen, hatte der Kläger somit während der Dauer der Ausfertigung des vollständig begründeten Scheidungsurteils durch das erstinstanzliche Scheidungsgericht keine andere Möglichkeit, als das nunmehr zu beurteilende vorsorgliche Massnahmeverfahren einzuleiten. Mit diesem Massnahmeverfahren will der Kläger den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Berufung gegen das Scheidungsurteil erwirken (vgl. act. 6). Dem angefochtene Entscheid kommt dann auch dieselbe Wirkung wie einem Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Berufung im Scheidungsverfahren zu (vgl. dazu auch E. 4.3.2 unten). Beim Entscheid über einen Antrag um aufschiebende Wirkung ist gesetzlich keine

Anhörung der Parteien notwendig. Viel- mehr erscheint es hier zur Vermeidung von Verfahrensverzögerungen als opportun, auf eine Anhörung der Parteien zu verzichten, sofern diese zu den im Streit stehenden Punkten bereits gerichtlich angehört wurden. In diesem Sinne verweist der Kläger zu Recht auf die durchgeführte Haupt- verhandlung im Scheidungsverfahren. Aus dem Verhandlungsprotokoll (OF.2020.72; act. 270 ff.) ergibt sich, dass sich die Parteien in der Haupt- verhandlung im Scheidungsverfahren vom 21. März 2024 im Detail zur Frage der Obhut als "Hauptpunkt" äussern konnten. Vor diesem Hinter- grund ist daher nicht zu bemängeln, dass die Vorinstanz auf eine erneute Anhörung der Parteien im nur wenige Monate später eingeleiteten vorsorg- lichen Massnahmeverfahren ausnahmsweise verzichtete, zumal ohnehin nicht ersichtlich ist und von der Beklagten mit Berufung auch nicht geltend gemacht wird, was die Parteien in Bezug auf den Hauptpunkt der strittigen Obhutsuteilung anlässlich einer weiteren Anhörung hätten Neues vorbrin- gen können.

3. 3.1. Die Beklagte beantragte in ihrer Eingabe vom 3. Januar 2025, es sei für die drei Kinder eine Kindesvertretung anzuordnen. Sie "beobachte", dass die Kinder beim Vater traurig seien, dass sie keine Tagesstruktur hätten, bis spät in die Nacht wach seien und entsprechend durch den Tag viel schlafen würden. Sie hätten ihr an den Besuchswochenenden erzählt, dass sie mit

- 9 - der aktuellen Situation beim Vater nicht glücklich seien. Sie seien sich dort weitgehend selbst überlassen. Aufgrund des massiven Loyalitätskonflikts seien die Kinder nicht in der Lage, mit ihren Anliegen ans Gericht zu gelan- gen. Auf den ehemaligen Kinderanwalt F.\_\_\_\_\_ aus den erstinstanzlichen Verfahren könne nicht zurückgegriffen werden, weil dieser die Beklagte angezeigt habe und deshalb sein Amt nicht mehr neutral ausüben könne. Der Kläger beantragte mit Eingabe vom 22. Januar 2025 die Abweisung des Begehrens um Einsetzung einer Kindesvertretung; die Ausführungen der Beklagten bestreitet er. Die Kinder seien bei ihm glücklich und zufrieden. Mit Eingabe vom 30. Januar 2025 verzichtete die Beklagte auf eine diesbezügliche Stellungnahme und ersuchte um Erlass eines "baldigen Entscheids".

3.2. In eherechtlichen Verfahren hat das Gericht gemäss Art. 299 ZPO zu prü- fen, ob dem Kind als Vertretung in Form eines Beistandes eine in fürsorge- rischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person zur Seite zu stellen ist, wobei Abs. 2 eine nicht abschliessende Enumeration ("insbesondere") der- jenigen Fälle enthält, in denen das Gericht verpflichtet ist, die Anordnung einer Kindesvertretung besonders zu prüfen. Auch bei Vorliegen einer der aufgezählten Konstellationen muss aber nicht zwingend eine Kindesvertre- tung angeordnet werden. Das Gericht entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen (MICHEL/BERGER, in: BSK-ZPO, a.a.O., N. 30 zu Art. 299 ZPO). Eine Pflicht zur Anordnung der Kindesvertretung besteht dann, wenn das urteilsfähige Kind selbst einen Antrag auf eine Vertretung stellt (Abs. 3). Die Kindesvertretung hat verschiedene Aspekte, welchen je nach Alter des Kin- des und Situation des Einzelfalles unterschiedliches Gewicht zukommt. Ein Teilgehalt besteht darin, dass die Vertretung den Willen des (urteilsfähigen) Kindes gegenüber dem Gericht zum Ausdruck bringt. Ein weiterer Aspekt der Kindesvertretung kann darin bestehen, dass sie sich ein umfassendes, elternunabhängiges und neutrales Bild von der konkreten Situation (örtlich, häuslich, schulisch, Interaktion zwischen Kind und Eltern sowie Geschwis- tern etc.) machen und dieses dem Gericht zur Kenntnis bringen muss. Zum Bestand an kindeswohlorientierten Erkenntnissen gehört auch die Doku- mentation des subjektiven Kindeswillens. Bei einem Kind, das in der Regel altersbedingt noch nicht gerichtlich angehört wird, kann die Kindsvertretung die Funktion eines "Dolmetschers" zwischen Kind und Gericht insofern wahrnehmen, als je nach konkreter Situation ein kindgerecht geführtes Ge- spräch in einem

ungezwungenen Rahmen bereits möglich ist, sich die Vertretung so ein Bild über die Wahrnehmungen des Kindes machen und diese dem Gericht mitteilen kann. Voraussetzung ist allerdings, dass die Kindesvertretung dem Gericht zusätzliche Entscheidungshilfe bieten kann bei der Frage, welche Obhuts- und Betreuungsregelung dem Kindeswohl im konkreten Einzelfall am besten entspricht (Urteil des Bundesgerichts 5A\_400/2015 vom 25. Februar 2016 E. 2.3, nicht publ. in BGE 142 III 197; BGE 142 III 153 ff.; MICHEL/BERGER, a.a.O., N. 19 zu Art. 299 ZPO).

- 10 - 3.3. Die Erhebung des Kinderwillens hat grundsätzlich im Rahmen von dessen Anhörung stattzufinden und vermag für sich allein keine Kindesvertretung zu rechtfertigen. Die entsprechenden Vorgaben bezüglich der Kinderanhörung wurden vorliegend eingehalten (E. 2.3 oben). Zudem ist der Wille des Kindes (den die Beklagte implizit mit ins Feld führt [vgl. E. 3.1 oben]) nur eines von mehreren Kriterien für die Beurteilung von Kinderbelangen und daher nicht allein ausschlaggebend. Die Beklagte behauptet sodann nicht, dass die Kinder selber einen Kinderanwalt wünschen würden. Weiter ist nicht ersichtlich und wurde auch von der Beklagten nicht substantiiert dargestellt, inwiefern vorliegend eine Kindesvertretung dem Obergericht bezüglich der strittigen Obhutsfrage noch eine zusätzliche, geradezu unentbehrliche Entscheidungshilfe bieten können sollte. Ihre Behauptung, dass die Kinder beim Kläger leiden würden, gefährdet sein sollen und lieber bei der Beklagten leben möchten, erscheinen nicht glaubhaft (vgl. E. 4.4.3 unten). Schliesslich kommt dazu, dass auch die Beklagte in ihrer letzten Eingabe vom 30. Juni 2025 um den Erlass eines "baldigen Entscheids" ersucht, was bei Anordnung einer Kindesvertretung und der daraus resultierenden Weiterungen des Verfahrens (insb. durch die Erstattung weiterer Eingaben, insb. im Rahmen des Replikrechts) erfahrungsgemäss nicht möglich wäre. Das Begehren der Beklagten, es sei im Berufungsverfahren für die Kinder eine Rechtsvertretung zu bestellen, ist deshalb abzuweisen. 4. 4.1. 4.1.1. Die Vorinstanz erwog, die Kinder seien schon im Scheidungsurteil vom 21. März 2024 und am 2. Juli 2024 superprovisorisch ab 8. Juli 2024 unter die Obhut des Klägers gestellt worden. Die Kinder hätten den klaren Wunsch geäussert, definitiv beim Vater leben zu wollen. Sie hätten dem Kindervertreter erzählt, dass sie seit ca. August 2023 wieder von der Mutter geschlagen würden, wenn diese nicht gut gelaunt oder gestresst sei. Der Wunsch der Kinder sei unmissverständlich deutlich geäussert worden und ihr Wille sei mit zunehmendem Alter immer gewichtiger. Auch der Kindervertreter komme zum Schluss, dass ein Wechsel der Obhut dem Kindeswohl entspreche. Die Kinder seien durch die von der Mutter ausgeübte Gewalt gefährdet. Es treffe nicht zu, dass die Mutter erzieherische Empfehlungen und Ratschläge der Fachpersonen umgesetzt habe. Im Übrigen könne auf die Ausführungen im begründeten Scheidungsurteil OF.2020.72 verwiesen werden, welches den Parteien in etwa zeitgleich mit dem vorliegenden Entscheid zukommen werde. 4.1.2. Das Scheidungsgericht erwog nach eingehender Würdigung des Gutachtens vom 10. Mai 2023 und der weiteren Akten (Urteil vom 21. März 2024, E. 3.2.4.2), die Empfehlung des Gutachters, die Kinder unter der Obhut der

- 11 - Beklagten zu belassen, trage primär dem Kontinuitätsprinzip Rechnung, nachdem die Erziehungsfähigkeit mit jeweiligen Stärken und Schwächen bei beiden Elternteilen bejaht worden sei. Allerdings falle der von der Beklagten mit physischer und psychischer Gewalt geprägte Erziehungsstil, der immer wieder thematisiert worden sei und sich nach Vorliegen des Gutachtens weiter manifestiert habe, derart negativ ins Gewicht, dass zum Wohle der Kinder diese unter die Obhut des Klägers, dessen Erziehungsstil sich eher durch Empathie

und Feinfühligkeit auszeichne, zu stellen seien. Dies umso mehr, weil sich das Verhalten der Beklagten gegenüber den Kindern seit Vorliegen des Gutachtens wieder verschlechtert habe und die Kinder von ihr wieder geschlagen würden. In seiner Eingabe vom 10. Juli 2023 habe der Kindervertreter noch darauf verzichtet, einen konkreten Antrag betreffend die Frage der Obhut zu stellen. Dies in erster Linie deshalb, weil sich die Kinder aus Loyalitätsgründen nicht konkret dazu äussern wollten. Nachdem der Kindervertreter mit den Kindern am 6. Februar 2024 und am 2. März 2024 nochmals zwei Gespräche geführt habe, habe er am 5. März 2024 eine Stellungnahme eingereicht. Darin habe er ausgeführt, dass die Kinder den klaren Wunsch geäussert hätten, nun definitiv beim Vater leben zu wollen. Seit ca. August 2023 würden sie wieder von der Mutter geschlagen, wenn diese nicht gut gelaunt oder gestresst sei. Der Wunsch der Kinder, zum Vater ziehen zu wollen, sei gemäss dem Kindervertreter von diesen unmissverständlich deutlich geäussert worden. Der Wille der Kinder sei, je älter sie seien, desto gewichtiger. Vorliegend komme auch der Kindervertreter zum Schluss, dass ein Obhutswechsel zum Vater nicht nur den Kinderwünschen, sondern auch dem Kindeswohl entspreche. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Kindsmutter ihren Erziehungsstil trotz umfassender Unterstützung und Beratung nicht nachhaltig habe verändern können, und den nunmehr klar geäusserten Willen der Kinder, beim Vater leben zu wollen, sei die Obhut entgegen der Empfehlung im Gutachten dem Vater zuzuweisen.

4.2. Die Beklagte beharrt in ihrer Berufung unter Hinweis auf das Gutachten vom 10. Mai 2023 auf der Obhut während der Dauer des Scheidungsverfahrens. Die Kinder wollten nicht beim Kläger wohnen und sie schlage die Kinder nicht. Die Kinder seien beim Kläger gefährdet. Sie wisse von den Kindern, dass sie bei ihm leiden würden. Abgesehen von weiteren ungünstigen Umständen bei ihm (ungenügende Betreuungssituation, fehlende Hausaufgabenhilfe und ungesunde Ernährung) verwehre der Kläger den Kindern die Beziehung zu ihr. Die Kinder dürften kaum resp. nur überwacht mit ihr telefonieren und sie nicht besuchen (Berufung, S. 3 ff.). Der Kläger bestreitet die Ausführungen der Beklagten (Berufungsantwort, S. 4 ff.).

- 12 - 4.3. 4.3.1. Im Scheidungspunkt (Disp.-Ziff. 1) ist das Scheidungsurteil des Präsidiums des Familiengerichts Q.\_\_\_\_\_ vom 21. März 2024 unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Im Streit liegt (u.a.) die Regelung der Obhut (Prozessgeschichte Ziff. 2.3 oben). Gemäss Art. 276 Abs. 3 ZPO kann das Gericht vorsorgliche Massnahmen auch dann anordnen, wenn – wie vorliegend – die Ehe aufgelöst ist, das Verfahren über die Scheidungsfolgen aber andauert. Die Kriterien von Art. 261 ZPO finden für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Rahmen von Art. 276 ZPO zwar keine Anwendung, d.h. das Kriterium der Dringlichkeit ist für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren ebenso wenig vorausgesetzt wie der Nachweis eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im engeren Sinn von Art. 261 ZPO, und eine Hauptsachenprognose ist lediglich für vorsorgliche Massnahmen im Abänderungsprozess vorzunehmen (LEUENBERGER/SUTER, in: Kommentar zum Familienrecht [FamKomm.], Scheidung, 4. Aufl. 2022, N. 5 zu Anh. ZPO Art. 276). Wie bei allen vorsorglichen Massnahmen gilt es aber zu beachten, dass Massnahmen während des Hauptverfahrens lediglich eine vorläufige Friedensordnung schaffen sollen, also nur vorläufig gelten, weshalb bezüglich deren Anordnung Zurückhaltung geboten ist. Vorsorgliche Massnahmen sollen die endgültige Regelung der Scheidungsfolgen nicht präjudizieren (BÄHLER, in: BSK-ZPO, a.a.O., N. 2 zu Art. 276 ZPO).

4.3.2. Nachdem die Kinder mit dem Scheidungsurteil vom 21. März 2024 neu unter die Obhut des Klägers gestellt worden sind, die Beklagte gegen das Scheidungsurteil zwischenzeitlich Berufung erhoben hat und der angefochtene Entscheid

bzw. bereits die superprovisorische Verfügung vom 2. Juli 2024 den Obhutswechsel vorgenommen haben, wirkt der angefochtene Entscheid wie der Entzug der aufschiebenden Wirkung im Scheidungsverfahren. In Anbetracht dessen kann für die hier notwendige Interessenabwägung von den Grundsätzen ausgegangen werden, welche das Bundesgericht bezüglich (vorzeitige) Vollstreckung eines die Obhut regelnden Massnahmeentscheids aufgestellt hat. Nach diesen Grundsätzen kommt dem Rechtsmittel gegen den erstinstanzlichen Entscheid in der Regel keine aufschiebende Wirkung zu, wenn das Kind gemäss diesem Entscheid bei jenem Elternteil bleibt, welcher sich hauptsächlich um das Kind gekümmert hat. Grund dafür ist, dass bei Fragen der Obhut kurzfristige oder häufige Veränderungen das Kindeswohl zu beeinträchtigen vermögen. Vorbehalten bleiben wichtige Gründe, namentlich eine unmittelbare Gefährdung des Kindeswohls oder wenn der Entscheid offensichtlich unhaltbar erscheint. Wird mit dem erstinstanzlichen Entscheid hingegen ein Obhutswechsel angeordnet, ist dem Rechtsmittel der bisherigen Hauptbezugsperson des Kindes grundsätzlich die aufschiebende Wirkung zu erteilen, es sei denn das Rechtsmittel erscheine von Vorneherein unzulässig oder unbegründet

- 13 - (vgl. BGE 138 III 565 E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 5A\_201/2023 vom 28. April 2023 E. 3.3). Vorliegend wurde mit dem angefochtenen Entscheid zwar ein Wechsel der Obhut und damit einhergehend der Hauptbezugsperson angeordnet. Jedoch befinden sich die Kinder, nachdem der Obhutswechsel zunächst superprovisorisch verfügt wurde und die Beklagte im Berufungsverfahren keine vorsorglichen Massnahmen beantragte, bereits seit rund einem halben Jahr unter der Obhut des Klägers und besuchen an dessen Wohnort auch die Schule. Auch angesichts des kindlichen Zeitempfindens ist dies eine relativ lange Zeitspanne, weshalb der Kläger bereits die Rolle als Hauptbezugsperson übernommen haben dürfte. Das Kontinuitätsprinzip und das Bestreben, ein für die Kinder belastendes Hin und Her zu vermeiden, sprechen unter diesen Umständen dafür, dass die Kinder bis zur rechtskräftigen Regelung der Obhutsfrage im Scheidungsverfahren unter der Obhut des Klägers verbleiben, es sei denn, das Scheidungsurteil vom 21. März 2024 erweise sich als offensichtlich falsch, was nachfolgend zu prüfen ist.

4.4. 4.4.1. Im Scheidungsurteil vom 21. März 2024 wurden die Kriterien für die Zuweisung der Obhut zutreffend dargelegt (E. 3.2.2 [allgemein], E. 3.2.4.1 [Erziehungsfähigkeit], E. 3.2.4.2.4 [Bindungstoleranz]); es kann darauf verwiesen werden. Anzuführen ist, dass je nach Alter auch den Äusserungen der Kinder bzw. ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen ist (vgl. BGE 142 III 481 E. 2.7; Urteile des Bundesgerichts 5A\_407/2023 vom 18. August 2023 E. 3.1 und 5A\_822/2023 vom 22. April 2024 E. 5.2 [zehnjähriges Kind]). Leitender Gedanke beim Entscheid über die Obhut ist, wie bei allen Kinderbelangen, das Kindeswohl (vgl. BGE 150 III 97 E. 4.3.2).

4.4.2. Die Beklagte bringt sowohl in der Berufung gegen den angefochtenen Entscheid (S. 4 f.) als auch in der Berufung gegen das Scheidungsurteil (S. 5) sinngemäss vor, die Zuweisung der Obhut an den Kläger widerspreche der Empfehlung im Erziehungsfähigkeitsgutachten vom 10. Mai 2023 und damit dem Kindeswohl. Die Beklagte übersieht dabei zum Vorneherein, dass auch das gerichtliche Gutachten der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) unterliegt. Zwar muss das Sachgericht triftige Gründe nennen, wenn es vom Gutachten bzw. von den gutachterlichen Schlussfolgerungen abweicht, und es wäre ungenügend, bloss den Inhalt des Gutachtens wiederzugeben, dieses aber gewissermassen im Raum stehenzulassen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_1013/2018 vom 1. Februar 2019 E. 5). Vorliegend hat sich das Scheidungsgericht allerdings auf über 8 Seiten mit dem Gutachten vom 10. Mai 2023 auseinandergesetzt und detailliert und nachvollziehbar begründet, weshalb dem Gutachten – welches seine

Empfeh-

- 14 - lung letztlich einzig auf das Kriterium der Kontinuität stützte – nicht Folge geleistet werde. So sei es zum einen nach Vorliegen des Gutachtens resp. seit ca. August 2023 wieder zu Gewaltanwendung der Beklagten gegen- über den Kindern gekommen (sie habe ihren Erziehungsstil trotz umfas- sender Unterstützung und Beratung nicht nachhaltig verändern können), und zum anderen hätten die Kinder gegenüber ihrem Kindsvertreter aus- drücklich und unmissverständlich deutlich den klaren Wunsch geäußert, definitiv bei ihrem Vater wohnen zu wollen (E. 4.1.1 oben). Nachfolgend ist daher summarisch zu prüfen, ob diese Beweiswürdigung des Scheidungs- gerichts rechtsfehlerhaft ist. 4.4.3. Die Beklagte bestreitet, nicht einsichtig zu sein und ihren Erziehungsstil nicht zu hinterfragen. Sie wisse, dass sie die Kinder nicht schlagen dürfe, was sie auch nicht tun werde (Berufung Scheidung, S. 4 f.). Bei diesen Aus- führungen handelt es sich indes um reine Behauptungen, Beteuerungen und Absichtsbekundungen; dass sie die Kinder in der Vergangenheit ge- schlagen hat und dass ihr Erziehungsstil auch körperliche Strafen umfasst, ist aktenkundig (Scheidungsurteil, E. 3.2.4.2.3). Soweit die Beklagte die Er- ziehungsfähigkeit des Klägers in Frage stellt (sie wisse im Gegensatz zu ihm, was für die Kinder gut sei; er beeinflusse die Kinder negativ, sage ihnen, was sie dem Kinderanwalt sagen sollen und er kooperiere nicht mit der Beiständin), ist ihr entgegenzuhalten, dass sich das Scheidungsgericht mit der Erziehungsfähigkeit des Beklagten resp. den diesbezüglichen Aus- führungen im Gutachten vom 10. Mai 2023 detailliert und schlüssig ausei- nandergesetzt hat. Es hat alle Defizite auf Seiten des Klägers in die Beur- teilung einbezogen und diese dann mit den bei der Beklagten georteten Defiziten abgewogen (Scheidungsurteil, E. 3.2.4.2). Dass er "systematisch jeglichen Kontakt der Kinder zur Mutter" verhindern würde (Berufung, S. 4; Berufung Scheidung, S. 5), bestreitet der Kläger (Berufungsant- wort, S. 7 f.). Im Schreiben vom 23. Oktober 2024 an die Gegenanwältin merkt er diesbezüglich im Übrigen zurecht an, dass der angefochtene Ent- scheid der Beklagten kein Besuchsrecht einräumt (E. 5 unten). Die Be- hauptung der Beklagten, er betreue die Kinder nicht persönlich resp. diese würden "sehr viel Zeit" bei seiner neben ihm wohnenden Mutter verbringen (Berufung Scheidung, S. 6), bestreitet der Kläger plausibel unter Hinweis auf seine (unstrittige) aktuelle Arbeitslosigkeit und die damit einhergehende zeitliche Verfügbarkeit (Berufungsantwort Scheidung, S. 9). Dass die Kin- der nicht beim Kläger wohnen möchten und der Beklagten gesagt haben sollen, sie würden beim Kläger leiden (Berufung Scheidungsurteil, S. 4), ist nicht glaubhaft; der Kindsvertreter hat in seiner Stellungnahme vom 5. März 2024 (act. 253 ff.) ausgeführt, die Kinder hätten den klaren Wunsch geäus- sert, definitiv beim Vater leben zu wollen, u.a. weil sie seit ca. August 2023 wieder von der Mutter geschlagen würden. Zusammenfassend vermag die Beklagte nach dem Gesagten nicht zu plausibilieren, dass der im Schei- dungsverfahren gefällte Entscheid über die Obhut offensichtlich falsch und

- 15 - unweigerlich mit seiner Korrektur im Scheidungsverfahren zu rechnen ist, was unter Berücksichtigung des bereits erfolgten Einlebens der Kinder beim Kläger zur Abweisung der vorliegenden Berufung führt. 5. 5.1. Im Scheidungsurteil vom 21. März 2024 (E. 3.3.2; Disp.-Ziff. 3), aber weder in der superprovisorischen Verfügung vom 2. Juli 2024 (act. 21) noch im angefochtenen Entscheid vom 22. August 2024 (Prozess- geschichte Ziff. 1.5 oben) wurde das Besuchsrecht der Beklagten geregelt. Es handelt sich dabei offensichtlich um ein Versehen, das zu korrigieren ist (Art. 296 Abs. 3 ZPO). 5.2. Eltern, denen – wie vorliegend der Beklagten (E. 4 oben) – die Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind

haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 2 ZGB). 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 (BGE 146 III 321 f. E. 6.2.3 f.), das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist (Urteile des Bundesgerichts 5A\_670/2023 vom 11. Juni 2024 E. 5.2.1 und 5A\_895/2023 vom 11. September 2024 E. 4.1). Die Gerichte gehen im allgemeinen in ihrer am Kindeswohl ausgerichteten Praxis davon aus, ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende und ein Ferienrecht von zwei bis drei Wochen pro Jahr sei bei Kindern nach dem Kleinkindalter im Lichte des Kindeswohls angemessen und bilde im Hinblick auf spezielle Fälle (z.B. Alter des Kindes, Wohnsituation und Arbeitszeiten des nicht obhutsberechtigten Ehegatten, Gesundheitszustand des Kindes etc.) den Ausgangspunkt (SCHWENZER/COTTIER, in: FamKomm., a.a.O., N. 15 zu Art. 273 ZGB mit Hinw.). Das Gericht hat sich in erster Linie an den Bedürfnissen des Kindes zu orientieren; die Interessen der Eltern haben hinter dem vorrangig massgebenden Kindeswohl zurückzutreten (BGE 130 III 585 E. 2.1). Entsprechend setzt sich das Gericht dem Vorwurf der Willkür aus, wenn es einfach auf das "Gerichtsübliche" oder auf eine Praxis verweist, obwohl die Besonderheiten des Einzelfalles ins Auge springen (BGE 144 III 10 E. 7.2).

5.3. Vorliegend hat das Scheidungsgericht die Beklagte, unter Vorbehalt abweichernder Absprachen unter den Eltern, "im Sinne einer Mindestregelung" berechtigt, C.\_\_\_\_, E.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_ jedes zweite Wochenende (Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr) zu sich auf Besuch zu nehmen und 3 Wochen Ferien pro Jahr mit ihnen zu verbringen (Scheidungsurteil, E. 3.3.2). Dass dieses Besuchsrecht – wie sie es auch dem Kläger einräumen möchte (vgl. Berufung Scheidung) – dem

- 16 - wohlverstandenen Kindeswohl zuwiderlaufen würde, machte die Beklagte in ihrer gegen das Scheidungsurteil erhobenen Berufung (S. 6) nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich, weshalb für die Beklagte ein entsprechendes Besuchsrecht bis zum rechtskräftigen Abschluss des Scheidungsverfahrens im Rahmen des vorliegenden vorsorglichen Massnahmeverfahrens anzuordnen ist.

6. 6.1. Das Gericht kann im materiellen Entscheid auf Antrag der obsiegenden Partei direkt Vollstreckungsmassnahmen anordnen (Art. 236 Abs. 3 ZPO). Bei vorsorglichen Massnahmen ist ein besonderer Antrag auf Anordnung der Vollstreckung nicht notwendig (vgl. Art. 267 ZPO). Eheschutzmassnahmen und auch vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) sind als vorsorgliche Massnahmen in diesem Sinne zu verstehen (GEISER, Vollstreckung im Familienrecht, in: FamPra.ch 2/2018 S. 355 ff., S. 357). Als konkrete Vollstreckungsmassnahmen kommen die in Art. 343 ZPO vorgesehenen Anordnungen infrage. Hinsichtlich der (abschliessend) aufgezählten Zwangsmassnahmen besteht zwar keine Hierarchie, d.h. der Richter ist frei zu entscheiden, von welchem resp. welchen der zur Verfügung stehenden Zwangsmittel er Gebrauch machen will (KELLERHALS, in: BK-ZPO, a.a.O., N. 8 und 10 zu Art. 343 ZPO). Bei der Vollstreckung von Urteilen betreffend Obhuts-, Sorge-, Besuchs- und Ferienrechten gegenüber Kindern ist beim Einsatz und der Wahl der Zwangsmittel aber auf das Wohl des Kindes Rücksicht zu nehmen. Behördlicher Zwang ist vorerst nur indirekt einzusetzen (KELLERHALS, a.a.O., N. 101 f. zu Art. 343 ZPO). Gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO kann in Form von indirektem Zwang Strafe gemäss Art. 292 StGB für den Fall der Nichterfüllung angeordnet werden. Indirekter Zwang mittels Strafandrohung nach Art. 292 StGB an den die Obhut innehabenden Elternteil ist nur dort sinnvoll, wo feststeht, dass es an diesem Elternteil liegt, wenn das Besuchsrecht nicht ausgeübt werden kann (STAEHELIN, in: ZPO-Komm.,

a.a.O., N. 31 zu Art. 343 ZPO; KELLERHALS, a.a.O., N. 102 zu Art. 343 ZPO). 6.2. Vorliegend bestreitet der Kläger grundsätzlich nicht, dass die Ausübung des Besuchsrechts problembehaftet ist; zugestandenermassen (jedenfalls) zweimal ist es gemäss ihm zu Vorfällen eines früheren "Abbruches/respektive Nichtantritt" gekommen, und er hat der Beklagten erneut einen "frühzeitigen Abbruch" ihres Besuchsrecht angedroht (Berufungsantwort, S. 7 f.). Laut seinen Ausführungen "motiviert" der Kläger die Kinder bloss, mit der Beklagten zu telefonieren und sie zu besuchen (Berufungsantwort Scheidung, S. 8). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich die Annahme, dass der Kläger der Kindsmutter ihr Besuchsrecht ohne den Druck einer Ungehorsamsstrafe nicht zuverlässig gewähren würde. Die Androhung der Ungehorsamsstrafe erscheint unter diesem Gesichtspunkt damit

- 17 - als verhältnismässig. Nach Art. 292 StGB wird mit Busse bestraft, wer der von einer zuständigen Behörde unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet. Es muss dabei ausdrücklich angeordnet werden, dass im Falle des Ungehorsams resp. der Nichterfüllung Busse gestützt auf Art. 292 StGB droht. Eine wörtliche Wiedergabe von Art. 292 StGB genügt, wenn sich die Androhung offensichtlich erkennbar auf die Nichterfüllung bezieht (STAEHELIN, a.a.O., N. 16 zu Art. 343 ZPO). Dass der Maximalbetrag der Busse von Fr. 10'000.00 (Art. 106 Abs. 1 StGB) ausdrücklich genannt wird, ist nicht erforderlich (BGE 124 IV 312 E. II.4.d). Der für Zivilsachen zuständige Richter oder der Vollstreckungsrichter können die Strafe nämlich nur androhen. Allein der Strafrichter kann über die Bestrafung der Betroffenen wegen Ungehorsams entscheiden (KELLERHALS, a.a.O., N. 26 zu Art. 343 ZPO). 7. 7.1. Gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB kann das Gericht als Kindesschutzmassnahme (u.a.) die Eltern ermahnen und ihnen Weisungen erteilen, wenn sich die Ausübung oder Nichtausübung des persönlichen Verkehrs für das Kind nachteilig auswirkt oder wenn eine Ermahnung oder eine Weisung aus anderen Gründen geboten ist (vgl. Art. 315a Abs. 1 i.V.m. Art. 273 Abs. 2 ZGB; vgl. auch BGE 150 III 49 sowie Entscheid der 5. Zivilkammer des Obergerichts ZSU.2024.33 vom 3. Juni 2024 E. 2.2 und E. 2.3.1). Die Weisung kommt als niederschwellige Intervention vor allem in nicht besonders schwerwiegenden Fällen oder in Kombination mit anderen Massnahmen in Frage. Sie zeichnet sich im Vergleich zur Ermahnung durch eine verbindliche Formulierung aus und wird entweder ausgesprochen, nachdem die Kindesschutzbehörde ohne Erfolg versucht hat, die Situation mit einer Ermahnung zu verbessern, oder wenn von vornherein klar ist, dass eine solche zur Behebung der Gefährdung nicht genügen wird (vgl. KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, 2017, Rzn. 2.26 f.; vgl. auch Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, 3. Aufl. 2022, Rzn. 1032 f.). Damit kann das Gericht im ganzen Spektrum elterlichen Handelns einen einzelnen auffälligen Mangel beanstanden und zu dessen Behebung ein konkretes Tun oder Unterlassen verlangen (MAIER/VETTERLI, in: FamKomm., a.a.O., N. 16 zu Art. 176 ZGB; vgl. auch AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Berner Kommentar, 2022, N. 34 ff. zu Art. 307 ZGB; BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I [BSK-ZGB], 7. Aufl. 2022, N. 22 zu Art. 307 ZGB). Solche Anordnungen können auch von Amtes wegen getroffen werden, d.h. ohne dass ein Elternteil dies beantragt (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO; Art. 446 ZGB i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB; BIDERBOST, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 1 bis 456 ZGB, 4. Aufl. 2023, N. 115 zu Art. 307 ZGB).

- 18 - 7.2. Vorliegend macht die Beklagte geltend, die Kinder dürften beim Kläger kaum resp. nur überwacht mit ihr telefonieren (Berufung, S. 4), was unbestritten geblieben ist (vgl. Berufungsantwort, S. 7 f.) und worin zumindest eine gewisse Gefährdung des wohlverstandenen Kindeswohls, welche für die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen notwendig ist (vgl. Art. 307 Abs. 1 ZGB), zu erblicken ist, zumal das Recht auf persönlichen Verkehr, das die positive Entwicklung des Kindes gewährleisten und fördern soll (Urteil des Bundesgerichts 5A\_359/2022 vom 18. Oktober 2022 E. 5.1.2), auch das Recht umfasst, telefonisch zu kommunizieren (BÜCHLER, in: FamKomm., a.a.O., N. 6 zu Art. 273 ZGB). Dem Kläger ist deshalb gestützt auf Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB die Weisung zu erteilen, die telefonische Kommunikation zwischen der Beklagten und den drei Kindern ungestört zuzulassen. Diese Weisung erscheint unter den gegebenen Umständen als Kinderschutzmassnahme verhältnismässig. 8. Zwar hat das Rechtsmittel der Beklagten (von Amtes wegen) zur Folge, dass bezüglich Besuchsrecht gegen den Kläger eine Vollstreckungsmassnahme angeordnet (E. 5 oben) und ihm eine kinderschutzwidrige Weisung erteilt (E. 6 oben) wurde. Im Hauptpunkt (Umteilung der Obhut) unterliegt die Beklagte aber (E. 4 oben). Ausgangsgemäss ist deshalb die auf Fr. 1'500.00 festzulegende obergerichtliche Spruchgebühr (Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO, Art. 96 ZPO i.V.m. §§ 5 Abs. 1, 8 und 10 Abs. 1 GebührD) der Beklagten zu 3/4 mit Fr. 1'150.00 und dem Kläger zu 1/4 mit Fr. 350.00 aufzuerlegen. Zudem hat die Beklagte dem Kläger die Hälfte seiner zweitinstanzlichen Anwaltskosten, welche gerichtlich auf (gerundet) Fr. 1'800.00 festgelegt (Art. 105 Abs. 2 ZPO) werden (Grundentschädigung analog derjenigen für ein Verfahren betreffend Kindes- und Erwachsenenschutz Fr. 2'700.00 [vgl. Entscheid der Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz des Obergerichts XBE.2024.4 / XBE.2024.5 vom 13. August 2024 E. 9.2; § 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AnwT], da einzig Fragen der Obhut und des Besuchsrechts Gegenstand bildeten; Verhandlungsabzug 20 % [§ 6 Abs. 1 und 2 AnwT]; Rechtsmittelabzug 25 % [§ 8 AnwT]; Auslagenpauschale 3 % [§ 13 AnwT]; 8.1 % Mehrwertsteuern), d.h. Fr. 900.00, zu bezahlen. Die Beklagte ist zu verpflichten, diese Entschädigung an die unentgeltliche Rechtsvertreterin des Klägers (E. 9 unten) zu bezahlen (Urteile des Bundesgerichts 5A\_754/2013 vom 4. Februar 2014 E. 5 und 5A\_288/2021 vom 21. Juni 2022 E. 1; AGVE 2013 Nr. 77). 9. Sowohl die Beklagte (Berufung, S. 5 f.) als auch der Kläger (Berufungsantwort, S. 9 f.) ersuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Die prozessuale Bedürftigkeit (Art. 117 lit. a ZPO) beider Parteien erscheint als glaubhaft (Scheidungs Urteil, Disp.-Ziff. 10), und das Rechtsmittelverfahren erschien aus beidseitiger Sicht nicht als

- 19 - aussichtslos (Art. 117 lit. b ZPO). Den Parteien ist deshalb in Gutheissung ihrer diesbezüglichen Gesuche die (in Bezug auf die Prozesskostenvorschusspflicht subsidiäre; BGE 142 III 39 E. 2.3) unentgeltliche Rechtspflege (inkl. unentgeltliche Rechtsverteilerinnen) zu gewähren. Das Obergericht erkennt: 1. Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen. 2. Dispositiv-Ziffer 1 des Entscheids vom 22. August 2024 des Bezirksgerichts Q.\_\_\_\_\_, Präsidium des Familiengerichts, wird aufgehoben und stattdessen von Amtes wegen durch folgende Bestimmung ersetzt: 1. 1.1. Die Kinder C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ werden ab 8. Juli 2024 unter die Obhut des Gesuchstellers gestellt (unverändert). 1.2. Die Gesuchsgegnerin wird berechtigt und verpflichtet, die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitagabend, 18:00 Uhr, bis Sonntagabend, 18:00 Uhr, zu sich auf Besuch zu nehmen und mit den Kindern drei Wochen Ferien pro Jahr zu verbringen. 1.3. Dem Gesuchsteller wird gemäss Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) im Falle der Wiederhandlung

gegen die Anordnung in Disp.-Ziff. 1.2 hievor Busse bis Fr. 10'000.00 angedroht. Art. 292 StGB lautet: 'Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassene Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.' 3. Dem Kläger wird gestützt auf Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB die Weisung erteilt, die telefonische Kommunikation zwischen der Beklagten und den drei Kindern C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ ungestört zuzulassen. 4. Die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 1'500.00 wird dem Kläger zu 1/4 mit Fr. 350.00 und der Beklagten zu 3/4 mit Fr. 1'150.00 auferlegt. Die jeweiligen Anteile werden den Parteien jedoch zufolge Gewährung der un-

- 20 - entgeltlichen Rechtspflege einstweilen gemäss Art. 123 ZPO bei der Obergerichtskasse vorgemerkt. 5. Die Beklagte wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Klägers die Hälfte der gerichtlich auf Fr. 1'800.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuern) festgelegten Anwaltskosten, d.h. Fr. 900.00, zu bezahlen. 6. Den Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Als unentgeltliche Rechtsvertreterinnen werden dem Kläger lic. iur. Sarah Niederer, Rechtsanwältin, Baden, und der Beklagten MLaw Rahel Ritz, Rechtsanwältin, Olten, bestellt. Zustellung an: [...] 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).

- 21 - Aarau, 12. Februar 2025 Obergericht des Kantons Aargau Zivilgericht, 5. Kammer  
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Holliger Hess

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