

ZSU.2022.126 / ft
(SF.2021.60)
Art. 70

Teilentscheid vom 5. September 2022

Besetzung Oberrichter Brunner, Präsident
 Oberrichter Lindner
 Oberrichter Holliger
 Gerichtsschreiber Hess

Klägerin **A.**_____,
 [...]
 vertreten durch lic. iur. Markus Henzer, Rechtsanwalt,
 Vordere Hauptgasse 2, Postfach 1515, 4800 Zofingen

Beklagter **B.**_____,
 [...]
 vertreten durch Dr. iur. Helena Hess, Rechtsanwältin,
 Schulstrasse 23, Postfach 406, 4132 Muttenz

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Abänderung Eheschutz

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

Mit Eheschutzentscheid des Bezirksgerichtspräsidiums Q. vom 9. Juli 2020 wurde eine Vereinbarung der Parteien vom gleichen Tag genehmigt. Diese Vereinbarung enthält hinsichtlich der Obhut über die gemeinsamen Kinder folgende Regelung:

"3.

3.1.

Die Ehegatten beantragen, es sei ihnen die gemeinsame Obhut für die gemeinsamen Kinder C., geboren am tt.mm. 2016, und D., geboren am tt.mm. 2018, mit alternierender Betreuung zu belassen. Die Kinder haben ihren Hauptwohnsitz bei der Ehefrau.

3.2.

Die Parteien einigen sich über die Aufteilung der Betreuung der Kinder wie folgt:

Betreuung durch den Ehemann

- An jedem Donnerstag nach Kita-Schluss bis Freitag, 18.00 Uhr. Der Ehemann ist dafür verantwortlich, dass die Kinder ab Kita-Schluss betreut werden.
- Am ersten und dritten Wochenende im Monat von Freitag, 18.00 Uhr bis Sonntag, 18.00 Uhr.

Betreuung durch die Ehefrau

- An den restlichen Tagen betreut die Ehefrau die Kinder

3.3.

Der Ehemann ist berechtigt, pro Jahr 4 Wochen Ferien mit den Kindern zu verbringen. Die Ehegatten sprechen sich über die Aufteilung der Ferien jeweils rechtzeitig ab.

Hinsichtlich der Feiertage vereinbaren die Parteien grundsätzlich Folgendes:

- Die Ehefrau ist berechtigt, die Weihnachts- und Osterfeiertage mit den Kindern zu verbringen.
- Silvester verbringen die Kinder in Jahren mit ungerader Jahreszahl bei der Ehefrau, in Jahren mit gerader Jahreszahl beim Ehemann
- Die übrigen christlichen Feiertage verbringen die Kinder bei der Ehefrau.
- Die islamischen Feiertage verbringen die Kinder beim Ehemann.

3.4.

Vorbehalten bleiben abweichende Vereinbarungen unter den Ehegatten."

Im Weiteren verpflichtete der Beklagte sich zur Bezahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen ab 1. Juli 2020 von Fr. 600.00 für C. und von Fr. 690.00 für D., je zuzüglich allfällig bezogener Kinder- und Familienzulagen. Im

Übrigen verzichteten die Parteien (je mangels Leistungsfähigkeit) gegenseitig auf Ehegattenunterhaltsbeiträge.

2.

2.1.

Mit Klage vom 13. September 2021 beantragte die Klägerin beim Präsidium des Bezirksgerichts Q.:

"Es seien in Abänderung der mit Eheschutzentscheid des Bezirksgerichts Q., Präsidium des Familiengerichts, vom 09. Juli 2020 (SF.2019.98) genehmigten Vereinbarung die Ziffern 3,4,5,7 und 8 aufzuheben bzw. abzuändern und wie folgt zu ersetzen:

1.

Ziff. 4 (neu)

Der Gesuchstellerin sei i.S.v. Art. 301a Abs. 2 lit. a) ZGB der Wechsel des Aufenthaltsorts der Kinder C. (geb. tt.mm. 2016) und D. (geb. tt.mm. 2018) nach R. (Deutschland) per 01. Dezember 2021 zu bewilligen.

2.

Ziff. 5 (neu)

Der Ehemann sei zu verpflichten, an den Unterhalt der Kinder folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

Phase 1: für C. (geb. tt.mm. 2016):

ab 01. August 2021 für die Dauer des Aufenthalts in der Schweiz: CHF 1'949.00 (davon Barunterhalt 1'350.00), zzgl. allfällig bezogene Kinderzulagen.

für D. (geb. tt.mm. 2018):

ab 01. August 2021 für die Dauer des Aufenthalts in der Schweiz: CHF 1'911.00 (davon Barunterhalt 1'312.00), zzgl. allfällig bezogene Kinderzulagen.

Phase 2: für C. (geb. tt.mm. 2016):

ab dem Folgemonat nach dem Umzug nach R.:
CHF 1'170.00, zzgl. allfällig bezogene Kinderzulagen.

für D. (geb. tt.mm. 2018):

ab dem Folgemonat nach dem Umzug nach R.:
CHF 1'147.00, zzgl. allfällig bezogene Kinderzulagen.

3.

Ziff. 7 (neu)

Der Ehemann sei zu verpflichten, der Ehefrau einen persönlichen Unterhaltsanspruch wie folgt zu bezahlen:

Phase 1: ab 01. August 2021 für die Dauer des Aufenthalts in der Schweiz: CHF 1'005.00

Phase 2: ab dem Folgemonat nach dem Umzug nach R.
CHF 600.00

4.

Ziff. 8 (neu)

a) Monatliches Nettoeinkommen des Ehemannes (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinder- und Familienzulagen)	CHF 8'430.00
b) Monatliches Nettoeinkommen der Ehefrau (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinder- und Familienzulagen)	CHF 2'646.00
c) Existenzminimum des Ehemannes	CHF 2'580.00
d) Existenzminimum der Ehefrau und der Kinder	CHF 6'048.00

5.

Eine Anpassung der vorstehenden Anträge aufgrund des Beweisergebnisses bleibt ausdrücklich vorbehalten.

6.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

2.2.

Mit Klageantwort vom 15. November 2021 beantragte der Beklagte:

"1.

Auf das Rechtsbegehren unter Ziff. 1. des Gesuches vom 13.09.2021 ist nicht einzutreten und es sei ein KEMN-Verfahren zu eröffnen, worin das betreffende Gesuch unter Wahrung der Untersuchungs- und Officialmaxime betreffend das Kindeswohl zu verhandeln ist, unter Ladung von Zeugen und Erstellung entsprechender Gutachten.

2.

Sollte der Antrag unter Ziff. 1 nicht gutgeheissen werden, so sei der Antrag Nr. 1 (Ziff. 4 neu) des Gesuches vom 13.09.2021 abzuweisen und dem Kindsvater die alleinige Obhut über die Kinder zu übertragen.

3.

Der Antrag Nr. 2 (Ziff. 5 neu) des Gesuches vom 13.09.2021 sei abzuweisen und der Ehemann zu verpflichten, ab 01.10.2021 einen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 300.00 pro Kind zuzüglich allfälliger Kinderzulage zu bezahlen.

4.

Der Antrag Nr. 3 (Ziff. 7 neu) sei vollständig abzuweisen.

5.

Ziffer 8 (neu)

Einkommen des Ehemannes ab 1.10.2021:	Fr. 3'207.00
Einkommen der Ehefrau inkl. 13. Monatslohn:	Fr. 2'646.00
Existenzminimum des Ehemannes:	Fr. 2'535.00
Existenzminimum der Ehefrau:	Fr. 2'875.00
Existenzminimum der Kinder (Anteil bei der Mutter):	
C.	Fr. 430.00
D.	Fr. 680.00

6.

Eine Anpassung bleibt ebenfalls vorbehalten.

7.

Unter o/e Kostenfolge zulasten der Gesuchstellerin."

2.3.

An der Verhandlung vom 22. Februar 2022 vor dem Gerichtspräsidium Q. mit Parteibefragung hielten die Parteien in Replik und Duplik an ihren Anträgen fest. Im Übrigen stellte der Beklagte ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.

2.4.

Die Präsidentin des Familiengerichts Q. erkannte mit Entscheid vom 5. April 2022:

"1.

1.1.

In Abänderung von Ziffer 4. der mit Entscheid vom 9. Juli 2020 genehmigten Vereinbarung (SF.2019.98) wird der Gesuchstellerin gemäss Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB die Bewilligung erteilt, den Aufenthaltsort der Kinder D., geboren am tt.mm. 2018 und C., geboren am tt.mm. 2016, per 1. Juli 2022 nach R., Deutschland, zu verlegen.

1.2.

In Abänderung von Ziffer 3.1. und Ziff. 3.2. der mit Entscheid vom 9. Juli 2020 genehmigten Vereinbarung (SF.2019.98) werden die gemeinsamen Kinder D., geboren am tt.mm. 2018 und C., geboren am tt.mm. 2016, ab 1. Juli 2022 unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt, bei welcher sie ihren Hauptwohnsitz haben.

1.3.

In Abänderung von Ziffer 3.3. der mit Entscheid vom 9. Juli 2020 genehmigten Vereinbarung (SF.2019.98) wird der Gesuchsgegner berechtigt erklärt, die gemeinsamen Kinder D., geboren am tt.mm. 2018 und C., geboren am tt.mm. 2016, ab 1. Juli 2022 ein Mal pro Monat von Freitagabend bis Sonntagabend zu besuchen sowie sechs Wochen Ferien pro Jahr mit ihnen zu verbringen. Die Ehegatten haben sich über die Aufteilung der Ferien jeweils rechtzeitig abzusprechen.

2.

In Abänderung von Ziffer 5. der mit Entscheid vom 9. Juli 2020 genehmigten Vereinbarung (SF.2019.98) wird der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt der gemeinsamen Kinder C., geboren am tt.mm. 2016 und D., geboren am tt.mm. 2018, rückwirkend ab 1. August 2021 monatlich vorschüssig folgende Beiträge, je zuzüglich allfällig bezogener Kinder- oder Ausbildungszulagen, zu bezahlen:

Für C.:

bis 30. Juni 2022:

Fr. 538.00 (Barunterhalt)

Es wird festgestellt, dass der Barunterhalt von C. bis 30. Juni 2022 im Umfang von monatlich Fr. 258.00 nicht gedeckt werden kann.

ab 1. Juli 2022 bis

13. Februar 2030:

Fr. 790.00 (davon Fr. 138.00 Barunterhalt)

ab 14. Februar 2030: Fr. 732.00 (davon Fr. 285.00 Barunterhalt)

Für D.:

bis 30. Juni 2022: Fr. 516.00 (Barunterhalt)

Es wird festgestellt, dass der Barunterhalt von D. bis 30. Juni 2022 im Umfang von monatlich Fr. 260.00 nicht gedeckt werden kann.

ab 1. Juli 2022 bis
13. Februar 2030: Fr. 790.00 (davon Fr. 138.00 Barunterhalt)

ab 14. Februar 2030: Fr. 732.00 (davon Fr. 285.00 Barunterhalt)

Der Unterhaltsbeitrag ist geschuldet bis zum ordentlichen Abschluss einer Erstausbildung, mindestens aber bis zur Volljährigkeit.

3.

In Abänderung von Ziffer 7. der mit Entscheid vom 9. Juli 2020 genehmigten Vereinbarung (SF.2019.98) wird der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin an ihren persönlichen Unterhalt ab 1. Juli 2022 monatlich vorschüssig folgende Beiträge zu bezahlen:

bis 13. Februar 2030: Fr. 524.00

ab 14. Februar 2030 bis zur
Vollendung des 16. Lebens-
jahres von D.: Fr. 560.00

4.

In Abänderung von Ziffer 8. der mit Entscheid vom 9. Juli 2020 genehmigten Vereinbarung (SF.2019.98) basieren die Unterhaltsbeiträge hiervor auf folgenden Werten:

Nettoeinkommen der Gesuchstellerin:	
bis 30. Juni 2022:	Fr. 2'699.00
ab 1. Juli 2022 bis 13. Februar 2030:	Fr. 2'063.00
ab 14. Februar 2030:	Fr. 2'751.00

Nettoeinkommen des Gesuchsgegners:	
bis 30. Juni 2022:	Fr. 3'249.00
ab 1. Juli 2022:	Fr. 6'741.00

Nettoeinkommen C.:	
bis 30. Juni 2022:	Fr. 200.00
ab 1. Juli 2022:	Fr. 387.00

Nettoeinkommen D.:	
bis 30. Juni 2022:	Fr. 200.00
ab 1. Juli 2022:	Fr. 387.00

Bedarf der Gesuchstellerin:	
bis 30. Juni 2022:	Fr. 3'364.00
ab 1. Juli 2022 bis 13. Februar 2030:	Fr. 2'842.00
ab 14. Februar 2030:	Fr. 3'084.00

Bedarf des Gesuchsgegners:	
bis 30. Juni 2022:	Fr. 2'195.00
ab 1. Juli 2022 bis 13. Februar 2030:	Fr. 3'590.00
ab 14. Februar 2030:	Fr. 3'599.00

Bedarf C.:	
bis 30. Juni 2022:	Fr. 996.00
ab 1. Juli 2022 bis 13. Februar 2030:	Fr. 525.00
ab 14. Februar 2030:	Fr. 672.00

Bedarf D.:	
bis 30. Juni 2022:	Fr. 976.00
ab 1. Juli 2022 bis 13. Februar 2030:	Fr. 525.00
ab 14. Februar 2030:	Fr. 672.00

5.
Die Entscheidgebür von Fr. 3'200.00 wird den Parteien je zur Hälfte mit Fr. 1'600.00 auferlegt. Sie wird mit dem Vorschuss der Gesuchstellerin von Fr. 2'400.00 verrechnet, sodass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin Fr. 1'600.00 direkt zu ersetzen hat. Die Gesuchstellerin hat dem Gericht Fr. 800.00 nachzuzahlen.

6.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen."

Der Entscheid wurde den Parteien zunächst im Dispositiv eröffnet.

3.

3.1.

Mit Gesuch vom 20. April 2022 an das Obergericht des Kantons Aargau beantragte der Beklagte die superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung für eine (zukünftige) Berufung gegen den noch nicht in begründeter Ausfertigung vorliegenden Entscheid vom 5. April 2022. Auf dieses Gesuch trat der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 27. April 2022 (ZSU.2022.98) nicht ein.

3.2.

Am 27. Mai 2022 reichte die Klägerin beim Obergericht des Kantons Aargau eine Schutzschrift ein.

3.3.

Gegen den ihm am 23. Mai 2022 in begründeter Ausfertigung zugestellten Entscheid vom 5. April 2022 erhob der Beklagte am 1. Juni 2022 Berufung mit den Anträgen:

" 1.
Ziffer 1 der Verfügung vom 05.04.2022 soll aufgehoben werden, somit die Verlegung des Wohnsitzes der Kinder nach R. nicht bewilligt werden und die Kinder weiterhin unter geteilter Obhut der Eltern belassen werden.

2.
Es soll ein Erziehungsfähigkeitsgutachten über die Eltern erstellt werden mit dem Ziel festzustellen, wo das Wohl der Kinder besser gewahrt ist, ob in Deutschland oder in der Schweiz bzw. ob die Mutter erziehungsfähig ist, weil sie bindungsintolerant ist.

3.
Ziffer 2 der Verfügung v. 5.4.2022 betreffend Unterhalt ab 01.07.2022 bis 13.02.2030 sowie ab 14.02.2030 sowohl für C. als auch für D. soll aufgehoben werden und der Unterhalt weiterhin bei Fr. 538.00 bzw. Fr. 516.00 belassen werden für den Fall, dass die Kinder ab dem 1.7.22 in der Schweiz wohnen, widrigenfalls soll der Unterhalt ab dem 1.7.22 aufgehoben werden, eventualiter auf Euro 391.00 pro Kind festgesetzt werden.

4.
Es soll Ziffer 3 der Verfügung vom 05.04. betreffend Unterhalt für die Ehefrau aufgehoben werden und die bestehende Regelung in der ursprünglichen Verfügung vom 09.07.2020 beibehalten werden somit kein persönlicher Unterhalt geschuldet sein.

5.
Es soll Ziffer 4 der Verfügung vom 05.04. im Absatz 2, Nettoeinkommen des Gesuchs Gegners ab 1. Juli 2022 aufgehoben werden und festzustellen, dass sein Einkommen nach wie vor Fr. 3'249.00 beträgt.

6.
Es soll der Berufung die aufschiebende Wirkung gewährt werden.

7.
Es soll dem Ehemann die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gewährt werden."

3.4.

Am 15. Juni 2022 reichte der Beklagte zwei weitere Eingaben ein.

3.5.

Mit Berufungsantwort vom 20. Juni 2022 beantragte die Klägerin:

"1.
Es sei die Berufung des Beklagten vom 01. Juni 2022 vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Q., Präsidium Familiengericht, vom 5. April 2022 (SF.2021.60) zu bestätigen.

3.
Es sei das Gesuch um aufschiebende Wirkung abzuweisen.

4.
Es seien die vollständigen Akten der summarischen Verfahren betreffend Eheschutz (SF.2019.98) und Abänderung Eheschutz (SF.2021.60) hinter dem Bezirksgericht Q. beizuziehen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Mehrwertsteuer zu Lasten des Beklagten."

3.6.

Mit Verfügung vom 23. Juni 2022 erteilte der Instruktionsrichter der Berufung die aufschiebende Wirkung.

3.7.

Am 7. Juli 2022 reichte der Beklagte eine weitere Eingabe ein.

3.8.

Mit Verfügung vom 15. Juli 2022 räumte der Instruktionsrichter den Parteien Gelegenheit ein, sich zur Bestimmung des Ehegatten- und Kinderunterhalts nach deutschem Recht für die Zeit nach einem allfälligen Wegzug der Klägerin und der Kinder nach Deutschland zu äussern.

3.9.

Mit Eingabe vom 21. Juli 2022 hielt die Klägerin an ihren bisherigen Anträgen fest und beantragte zusätzlich:

" [...]

3.

Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung mit sofortiger Wirkung zu entziehen."

"Eventualiter" beantragte die Klägerin unter anderem:

" 4.

Es sei eine Berufungsverhandlung durchzuführen.

5.

Es seien die Kinder C. (geb. tt.mm. 2016) und D. (geb. tt.mm. 2018) in geeigneter Weise vor Obergericht zu der von diesen gewünschten Obhutsuteilung zu befragen.

[...]"

3.10.

Mit Eingaben vom 28. Juli 2022 (Klägerin) und 29. Juli 2022 (Beklagter) äusserten sich die Parteien zur Unterhaltsbestimmung nach deutschem Recht.

3.11.

Am 2. August 2022 reichte der Beklagte eine weitere Eingabe ein.

3.12.

Mit Eingabe vom 23. August 2022 beantragte der Beklagte den Erlass einer superprovisorischen Verfügung.

3.13.

Mit Verfügung vom 24. August 2022 wies der Instruktionsrichter dieses Gesuch ab, soweit darauf eingetreten werden konnte.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

1.1.

Gegen den angefochtenen Entscheid ist als Rechtsmittel die Berufung gegeben (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO), mit welcher beim Obergericht (§ 10 lit. c EG ZPO) die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden können (Art. 310 ZPO).

1.2.

Da sich das zweitinstanzliche Verfahren dadurch auszeichnet, dass bereits eine richterliche Beurteilung des Streits vorliegt, hat der Berufungskläger in der Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) anhand der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse (substantiiert) aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen der ersten Instanz nicht aufrecht erhalten lassen (BGE 147 III 179 Erw. 4.2.1).

1.3.

Das Obergericht beschränkt sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der Berufung und der Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen (BGE 144 III 394 Erw. 4.1.4). Die Einschränkung, dass im Berufungsverfahren das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel nur im Rahmen von Art. 317 Abs. 1 ZPO möglich ist (BGE 138 III 625 Erw. 2.2), gilt bei den der Erforschungs- und der Offizialmaxime unterliegenden Kinderbelangen (Art. 296 ZPO) nicht (BGE 144 III 349 Erw. 4.2.1).

2.

Im vorliegenden Berufungsverfahren strittig sind im Wesentlichen die Genehmigung der Verlegung des Wohnsitzes der gemeinsamen Kinder durch die Klägerin nach R. (mit der damit verbunden alleinigen Obhutszuteilung an die Klägerin und einer an die grosse Distanz angepasste Regelung des Besuchsrechts des Vaters) sowie die Regelung des Ehegatten- und Kinderunterhalts ab dem vorgesehenen Wegzug der Klägerin mit den Kindern nach Deutschland. Da sich der Konflikt zwischen den Parteien um den künftigen Wohnsitz während des Verfahrens zugespitzt hat, indem die Klägerin die Kinder (gemäss den Angaben des Beklagten) entgegen dem instruktionsrichterlichen Entscheid, mit dem die aufschiebende Wirkung gewährt worden ist, bereits nach Deutschland verbracht hat, und die intensive gerichtliche Auseinandersetzung das für das Kindeswohl wichtige Zusammenwirken der Eltern offensichtlich wesentlich beeinträchtigt, was auch mit

einem starken Loyalitätskonflikt der Kinder einhergehen dürfte, ist möglichst beförderlich über die Frage des künftigen Wohnsitzes der Kinder zu befinden. Es rechtfertigt sich daher, darüber zunächst einen Teilentscheid zu fällen und gestützt auf das Resultat dieses Teilentscheids in einem weiteren Entscheid die Unterhaltsbelange zu behandeln.

2.1.

2.1.1.

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 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 Kindesschutzbehörde, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt oder 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 ZGB). Grundgedanke dieser Regelung ist (vgl. zum Ganzen grundlegend die BGE 142 III 481 und 142 III 502, in denen die nachfolgend wiedergegebenen Grundsätze entwickelt wurden [BÜCHLER/CLAUSEN, in: FamKomm. Scheidung, 4. Aufl., Bern 2022, N. 14 zu Art. 301a ZGB], 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 - ohnehin 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 fort-dauern zu lassen, sondern eine neue Situation zu regeln* (Art. 301a Abs. 5 ZGB). Die vom Gericht oder der Kindesschutzbehörde zu beantwortende Frage lautet folglich nicht, ob es für das Kind vorteilhafter wäre, wenn beide Elternteile am bisherigen Ort verbleiben würden. Die entscheidende Fragestellung ist vielmehr, ob sein Wohl besser gewahrt ist, wenn es mit dem wegzugswilligen Elternteil umsiedelt oder wenn es sich beim zurückbleibenden Elternteil aufhält.

2.1.2.

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 wegzugswillige 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.

2.1.3.

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.

2.1.4.

Das Gericht bzw. die Kindesschutzbehörde hat - mit Wirkung ab dem tatsächlichen Wegzug eines Elternteils - soweit nötig die Betreuungs-, Besuchsrechts- und Unterhaltsregelung anzupassen (vgl. Art. 301a Abs. 5 ZGB), und zwar gegebenenfalls auch für den Fall eines negativen Entscheides, d.h. wenn das Kind am bisherigen Ort verbleibt und der Elternteil alleine wegzieht. Materiell bildet die Regelung im Sinn von Art. 301a Abs. 5 ZGB einen notwendigen Bestandteil des Entscheides über den Wegzug, weil nach dem Gesagten die konkrete Ausgestaltung der Betreuung und des persönlichen Verkehrs die Frage beeinflusst, welchen Aufenthaltsort das Kind in seinem besten Interesse haben soll. Was die konkrete Regelung der Kinderbetreuung und Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs

anbelangt, wird oft kein Idealzustand zu erreichen sein, und zwar unabhängig davon, ob das Kind wegzieht oder ob es am bisherigen Ort verbleibt. Nach der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind in Bezug auf die Frage, ob das Kindeswohl besser gewahrt sei, wenn es mit dem zugewilligen Elternteil wegziehe oder wenn es sich beim zurückbleibenden Elternteil aufhalte, die gleichen Kriterien massgeblich, wie sie auch für die Obhutszuteilung gelten, d.h. in erster Linie die Erziehungsfähigkeit, die tatsächliche Betreuungsmöglichkeit, das Bedürfnis der Kinder nach der für eine harmonische Entfaltung in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht notwendigen Stabilität der Verhältnisse, die Sprache und Beschulung des Kindes und je nach Alter auch dessen Äusserungen und Wünsche (vgl. auch BGE 5A_59/2017 Erw. 4.3; BGE 142 III 498 Erw. 4.4).

2.2.

Gemäss richterlich genehmigter Vereinbarung vom 9. Juli 2020 übten die Parteien eine alternierende Obhut aus; der Beklagte sollte die Kinder jeden Donnerstag nach Kita-Schluss bis Freitag, 18.00 Uhr, sowie jedes erste und dritte Wochenende, von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, betreuen, und die Klägerin die restlichen Tage. Gemäss im Wesentlichen übereinstimmenden Ausführungen der Parteien arbeitete die Klägerin jedoch am Montag, weshalb die Kinder tagsüber in der Zeit, in welcher sie nicht in der Kita bzw. im Kindergarten waren, von ihrer Grossmutter, der Mutter des Beklagten, betreut wurden (vgl. Protokoll vom 22. Februar 2022, S. 9 [act. 78] und 22 f. [act. 91 f.]), hingegen waren sie am Montagmorgen in der Zeit vor der Kita/dem Kindergarten und am Abend wie vereinbart bei der Klägerin. Unbestritten ist im Grundsatz auch, dass die Kinder an den Betreuungstagen des Vaters (insbesondere aufgrund der zeitlichen Beanspruchung durch seine Ausbildung zum Primarlehrer) teilweise nicht durch ihn persönlich betreut wurden, sondern durch seine Mutter oder seine Partnerin, umstritten ist der Umfang der von ihm selber geleisteten Betreuung (gemäss seinen eigenen Aussagen "sehr viel" [Protokoll S. 15]); gemäss der Klägerin sei die Betreuung an seinen Tagen "zu 90 %" durch seine Mutter erfolgt [Protokoll S. 7 f.].

Vereinfacht dargestellt präsentiert sich die bisherige Betreuungssituation an den Werktagen wie folgt (A = C.; L = D.; M = Mutter; V = Vater; Gm Vs = Grossmutter väterlicherseits; Kg = Kindergarten; vgl. für die leicht, letztlich aber nicht massgeblich abweichende Darstellung der Klägerin auch Beilagen 36 f. zur Eingabe vom 21. Juli 2022):

	Mo.	Di.	Mi.	Do.	Fr.
bis Kg- / Kita-Beginn	M	M	M	M	V
Vormittag	A: Kg L: Kita	A: Kg L: M	A: Kg L: M	A: Kg L: Kita	A: Kg L: V

Mittag	A: mit M bei Gm Vs L: Kita	M	M	V	V
Nachmittag	Gm Vs	M	M	A: Kg bis 15.00 Uhr, danach bei V L: V	V
abends (ab 17.00/18.00 Uhr)	M	M	M	V	alter- nierend

Daraus ergibt sich, dass die Kinder in den Wochen, in welchen sie das Wochenende beim Beklagten verbringen, vier Mal bei der Klägerin übernachten (Mo-Mi. und So.) und drei Mal beim Beklagten und in den anderen Wochen sechs Mal (zusätzlich Fr. und Sa.) bei der Klägerin und einmal (Do.) beim Beklagten. Dies ergibt innerhalb von 14 Tagen 10 Übernachtungen bei der Klägerin und 4 Übernachtungen beim Beklagten, wobei dazu auch stets die Abende davor samt Abendessen und Einschlafen sowie die Morgen danach samt Aufstehen und Morgenessen gehören. Was das Mittagessen und die Nachmittage anbelangt, ist die Betreuung ausgeglichener zwischen den Eltern verteilt, wobei aber auch dort die Klägerin etwas mehr Betreuungsarbeit leistet (die Klägerin betreut drei Mittag unter der Woche inkl. jenen zusammen mit den Kindern bei der Grossmutter, der Beklagte zwei; beide Elternteile betreuen je zwei Nachmittage unter der Woche, wobei C. am Donnerstag Nachmittag bis 15:00 Uhr im Kindergarten ist und erst danach vom Beklagten betreut wird). Am Vormittag schliesslich wird C. im Kindergarten betreut und D. an zwei Wochentagen von der Klägerin und an einem vom Beklagten. In dieser Übersicht nicht berücksichtigt ist die Tatsache, dass der Beklagte (in umstrittenem und nicht genau zu eruierendem Umfang) die Betreuung offenbar häufig nicht selber vornimmt, sondern die Kinder durch seine Mutter oder Partnerin betreuen lässt. Insgesamt ergibt sich, dass es sich bei der Klägerin um die bisherige Hauptbetreuungsperson handelt, auch wenn auch der Beklagte einen wesentlichen Teil der Betreuung übernommen hat.

2.3.

Aufgrund ihres noch jungen Alters von 6 und 4 Jahren ist davon auszugehen, dass die Kinder der Parteien noch eher personen- als ortsgebunden sind. Bei einem Umzug nach R. ist auch nicht mit sprachlichen Schwierigkeiten zu rechnen. Sodann leben verschiedene Verwandte mütterlicherseits der Kinder in der Umgebung (Grossmutter, Tante, Onkel, Cousinen), und die Kinder kennen den Ort von regelmässigen Verwandtschaftsbesuchen (Klage N. 21; Protokoll, S. 4, act. 73, und S. 6, act. 75). Mit Integrationsschwierigkeiten ist bei einem Umzug nach R. deshalb nicht zu rechnen. Die Klägerin hat per 1. August 2022 eine 3-Zimmer-Wohnung mit 92,8 m² in R. gemietet (Berufungsantwort N. 22, Berufungsantwortbeilage 9).

2.4.

Die Klägerin hat für die Betreuung von D. einen Betreuungsvertrag mit der Kita "E." abgeschlossen (Berufungsantwortbeilage 14). Gemäss ihren eigenen Ausführungen soll D. während zwei Arbeitstagen dort betreut werden. Der Beklagte weist allerdings grundsätzlich zutreffend darauf hin, dass der Vertrag eine Betreuung von je 8 Stunden an fünf Tagen vorsieht; im Übrigen werde C. in der Ganztageschule sein (Eingabe vom 7. Juli 2022, S. 13). Der Beklagte wirft der Klägerin daher vor, dass es in R. gar keine persönliche Betreuung für die Kinder geben werde (Eingabe vom 7. Juli 2022, S. 9).

Die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, spielt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hauptsächlich dann eine Rolle, wenn spezifische 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 ist von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen (BGE 5A_345/2020 Erw. 5.2.). Vorliegend wird nicht behauptet und gibt es auch keine Hinweise dafür, dass die Klägerin die Kinder in R. zu den Zeiten, an denen sie nicht arbeitet, insbesondere in den Randzeiten am Morgen und am Abend sowie an den Wochenenden nicht selber betreuen würde. Im Übrigen sind keine spezifischen Bedürfnisse der Kinder bekannt, welche ausnahmsweise eine weitergehende persönliche Betreuung notwendig erscheinen liessen. Dass die Klägerin während ihrer Arbeitszeit Fremdbetreuung in Anspruch nimmt, spricht somit nicht gegen einen Wegzug der Kinder nach R.. Wie dem mit der Eingabe vom 7. Juli 2022 eingereichten Stundenplan des Beklagten (Beilage 27) zu entnehmen ist, könnte im Übrigen auch er neben den Randzeiten eine persönliche Betreuung der Kinder im Wesentlichen nur am Donnerstag und Freitag Nachmittag anbieten. Würden die Kinder damit bei einem Wegzug der Mutter nach R. in der Schweiz bleiben und unter die Obhut des Beklagten gestellt, fände somit auch keine wesentlich umfangreichere persönliche Betreuung durch einen Elternteil statt.

2.5.

Der Beklagte beantragt die Einholung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens über die Eltern, wobei er bei der Klägerin das Vorliegen einer Bindungsintoleranz vermutet.

Im summarischen Eheschutzverfahren geht es darum, möglichst rasch eine optimale Situation für das Kind zu schaffen. Langwierige Abklärungen, etwa durch Gutachten, sollten auch im Streitfall nicht die Regel sein, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände vorliegen (BGE 5A_444/2008 Erw. 2.2 und 5A_22/2010 Erw. 4.4.2 je mit Hinweisen). Soweit der Beklagte geltend macht, die Klägerin sei nicht bindungstolerant,

ist dies angesichts der bisher gelebten alternierenden Obhut und der Vorschläge, welche die Klägerin für die Aufrechterhaltung des Kontakts zwischen den Kindern im Falle eines Wegzugs mit den Kindern nach R. gemacht hat (vgl. Beilage 12 zur Schutzschrift), nicht plausibel. Alleine der vorgesehene Wegzug mit den Kindern nach R., bei welchem aufgrund der familiären Bindungen der Klägerin zu jener Stadt nicht davon auszugehen ist, dass die Klägerin damit die Entfremdung des Beklagten von seinen Kindern bezweckt, und die Auseinandersetzung der Parteien darüber führen nicht dazu, dass die Erziehungsfähigkeit der Klägerin oder ihre Bindungstoleranz massgeblich beeinträchtigt wären. Zwar erscheint es bedenklich, dass die Klägerin offenbar den Aufenthaltsort der Kinder trotz der Gewährung der aufschiebenden Wirkung und damit widerrechtlich bereits vor Erlass dieses Entscheids nach R. verlegt hat. Dies ist jedoch im Kontext zu würdigen, dass die Klägerin im (wenn auch unvorsichtigen) Vertrauen auf den vorinstanzlichen Entscheid bereits sämtliche Veranlassungen für den Wohnsitzwechsel, insbesondere betreffend ihre Arbeits- und Mietsituation und die Einschulung von C., getroffen hat. Es ist davon auszugehen, dass die Parteien nach der rechtlichen Klärung der Situation und der Beendigung des Rechtsstreits auf der Elternebene wieder kooperativ zusammenwirken können, nachdem sie dies im Rahmen einer alternierenden Betreuung zum Wohle der Kinder auch zuvor in der Schweiz getan haben. Es bestehen auch sonst keine ernsthaften Hinweise dafür, dass eine der Parteien nicht erziehungsfähig wäre. Die Einholung eines entsprechenden Gutachtens würde damit das Verfahren nicht nur wesentlich verzögern, sondern würde auch am Verfahrensausgang nichts ändern. Es ist entsprechend darauf zu verzichten.

2.6.

Zur Meinungsäusserung der Kinder hat die Vorinstanz im Wesentlichen ausgeführt, erfahrungsgemäss stünden jüngere Kinder hinsichtlich der Frage, bei welchem Elternteil sie leben möchten, in einem erheblichen Konflikt, da sie sich sowohl hinsichtlich der Mutter als auch dem Vater zur Loyalität verpflichtet fühlten. Der Beklagte habe an der erstinstanzlichen Verhandlung ausgeführt, dass man aufgrund des Verhaltens von C. merke, dass diese sich jeweils genau überlegen müsse, was sie dem Beklagten sage, um diesen nicht zu verletzen und die Klägerin nicht zu hintergehen. Es erscheine daher eine Kinderanhörung, hinsichtlich von D. aufgrund seines Alters, hinsichtlich von C. aufgrund ihres Loyalitätskonflikts, als nicht zielführend (Erw. 3.3.2.6. des angefochtenen Entscheids). Der Beklagte bringt mit der Berufung (S. 12) vor, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Gerichtspräsidentin die Kinder nicht angehört habe.

Das Bundesgericht geht im Sinn einer Richtlinie davon aus, dass die Kinderanhörung grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich ist (BGE 131 III 553 Erw. 1.2.3). Bei einem Kind wird erst ab ungefähr

dem 12. Altersjahr von der Fähigkeit zur autonomen Willensbildung ausgegangen wird (BGE 5A_875/2017 Erw. 3.3). Nachdem das ältere Kind C. im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids das 6. Altersjahr (wenn auch knapp) noch nicht vollendet hatte, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass es von der Vorinstanz nicht angehört worden ist. Bei den beiden noch jungen Kindern ist im Übrigen davon auszugehen, dass ihre Fähigkeit zur Willensbildung noch nicht genügend ausgeprägt ist, um ihre allfälligen Wünsche hinsichtlich des Wohnsitzwechsels mit entscheidendem Gewicht miteinbeziehen zu können. Der Vorinstanz ist zudem zuzustimmen, dass insbesondere auch nach den glaubhaften Beobachtungen des Beklagten C. sich bereits in einem sie wesentlich belastenden Loyalitätskonflikt befindet, welcher durch eine Anhörung zusätzlich befeuert werden würde (vgl. auch die Gefährdungsmeldung des Beklagten, Berufsbeilage 16, S. 4). Aus den Akten ergibt sich, dass beide Parteien mindestens das ältere Kind C. mit dem Konflikt um den möglichen Wohnsitzwechsel konfrontieren und es damit unter Druck setzen (betreffend den Beklagten vgl. etwa die Klageantwort, S. 10, act. 43, wonach er C. gefragt habe, ob sie ihn und die Grosseltern väterlicherseits und all ihre Freunde und Cousins hier noch weniger sehen möchte). Die Klägerin hat in ihrer E-Mail vom 23. Februar 2022 (Berufungsantwortbeilage 5) gegenüber dem Beklagten auch zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht möchte, dass C. vor Gericht aussagen müsse, weil dies für sie eine zusätzliche Belastung wäre, vor welcher sie sie schützen möchte. Es wurde denn auch zunächst von keiner Partei für das Berufungsverfahren ein Antrag auf Kinderanhörung gestellt, und in der Folge von der Klägerin mit Eingabe vom 21. Juli 2022 nur als Eventualantrag. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass aufgrund des bereits latenten Loyalitätskonflikts eine Befragung von C. nicht im Kindeswohl liegen würde. Darauf ist daher nicht zurückzukommen.

2.7.

Die Parteien wurden von der Vorinstanz im Übrigen insbesondere zur Frage des künftigen Wohnsitzes der Kinder bereits ausführlich befragt (act. 70 ff.). Eine Berufsverhandlung verspricht daher keinen Erkenntnisgewinn, weshalb die von der Klägerin mit Eingabe vom 21. Juli 2022 ohnehin nur "eventualiter" beantragte Berufsverhandlung nicht durchzuführen ist.

2.8.

Insgesamt ergibt sich, dass es sich bei der Klägerin um die bisherige Hauptbetreuungsperson der Kinder handelt und zu erwarten ist, dass sich die Kinder nach dem Umzug nach R. ohne ernsthafte Probleme dort einleben werden. Beide Eltern sind erziehungsfähig. Es sind keine überzeugenden Gründe dafür ersichtlich, die Kinder von der Klägerin als bisheriger Hauptbetreuungsperson zu trennen und sie in die alleinige Obhut des Beklagten zu geben. Die vorinstanzlich erteilte Zustimmung zum Wohnsitzwechsel nach R. ist damit zu bestätigen. Damit verbunden und ebenfalls zu

bestätigen ist die Übertragung der alleinigen Obhut über die Kinder auf die Klägerin gemäss Dispositiv-Ziffer 1.2. Die Regelung des persönlichen Verkehrs der Kinder zum Beklagten gemäss Dispositiv-Ziffer 1.3. hat der Beklagte für den Fall der Zustimmung der Wohnsitzverlegung nicht gerügt, weshalb darauf nicht zurückzukommen ist.

3.

Über die Verfahrenskosten wird im Entscheid über die noch offenen Punkte zu befinden sein.

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Berufung wird im Sinne eines Teilentscheids in Bezug auf den Berufungsantrag Ziffer 1 betreffend Dispositiv-Ziffer 1 des Entscheids der Präsidentin des Familiengerichts Q. vom 5. April 2022 (Genehmigung der Verlegung des Aufenthaltsorts, Unterstellung der Kinder unter die alleinige Obhut der Klägerin und Regelung des persönlichen Verkehrs des Beklagten zu den Kindern) abgewiesen.

2.

Die Prozesskosten werden im Entscheid über die noch offenen Punkte verlegt.

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).

Aarau, 5. September 2022

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 5. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Brunner

Hess