

ZSU.2022.263

(SF.2022.46)

Art. 20

Entscheid vom 14. Februar 2023

Besetzung Oberrichter Brunner, Präsident
 Oberrichter Lindner
 Oberrichter Holliger
 Gerichtsschreiberin Donauer

Klägerin **A.**_____,
 [...]
 unentgeltlich vertreten durch Dr. iur. Samuel Egli, Rechtsanwalt,
 Sorenbühlweg 13, 5610 Wohlen AG

Beklagter **B.**_____,
 [...]
 vertreten durch Dr. iur. Ernst Kistler, Rechtsanwalt,
 Bahnhofstrasse 11, Postfach, 5201 Brugg AG

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Im zwischen den Parteien vor Bezirksgericht Zofingen hängigen Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils beantragte die Klägerin mit Eingabe vom 30. September 2022 unter anderem die Einholung eines Berichts des Schulpsychologischen Diensts zu den gemeinsamen Kindern C. und D..

1.2.

Mit Stellungnahme vom 11. Oktober 2022 beantragte der Beklagte unter anderem, die Klägerin sei anzuweisen, die Kinder nach den Ferien [zu ihm] zurückzubringen.

1.3.

Mit Verfügung vom 19. Oktober 2022 ersuchte der Gerichtspräsident den Schulpsychologischen Dienst um einen Bericht.

1.4.

Mit Eingabe vom 24. Oktober 2022 liess sich die Klägerin vernehmen.

1.5.

Am 26. Oktober 2022 wurde der schulpsychologische Fachbericht erstattet.

1.6.

Mit Eingabe vom 3. November 2022 beantragte der Beklagte unter anderem die Rückführung der Kinder [zu ihm].

1.7.

Mit Eingabe vom 7. November 2022 liess sich die Klägerin vernehmen.

1.8.

Mit Entscheid vom 10. November 2022 erkannte der Präsident des Bezirksgerichts Zofingen:

"1.

Die Kinder C., geboren am tt.mm. 2009, und D., geboren am tt.mm. 2012, werden in Abänderung von Ziffer 2.2. der mit Entscheid vom 7. November 2018 genehmigten Teilkonvention vom 16. Oktober 2017 für die Dauer des Verfahrens OF.2021.58 unter die Obhut der Mutter gestellt.

2.

2.1.

Die Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wird bestätigt. Sie umfasst neu **zusätzlich** folgende Aufgaben:

- die Organisation des Schulübertritts von Q. nach R. zu begleiten;
- den Schulbesuch von C. und D. in R. sicherzustellen;
- eine aufsuchende Familienbegleitung zu organisieren und zu begleiten sowie deren Finanzierung sicherzustellen;
- eine Familientherapie zu organisieren.

2.2.

Die Beistandin wird eingeladen, dem Familiengericht Zofingen bis am 31. Januar 2023 einen Verlaufsbericht einzureichen.

2.3.

Die Beistandin wird aufgefordert, das Familiengericht Zofingen umgehend zu informieren, sollte der Schulbesuch in R. nicht gewährleistet oder das Kindeswohl sonst wie gefährdet sein.

3.

Im Übrigen werden die Anträge der Parteien abgewiesen.

4.

Über die Verfahrenskosten, deren Verlegung und die Parteientschädigungen wird im Entscheid über die Hauptsache entschieden."

2.

2.1.

Gegen diesen ihm am 15. November 2022 zugestellten Entscheid erhob der Beklagte mit Eingabe vom 25. November 2022 Berufung mit den Anträgen:

"1.

Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids sei aufzuheben und die gemeinsamen Kinder C. und D. seien wieder unter die Obhut des Berufungsklägers zu stellen.

2.

Die Rückplatzierung sei vorsorglich sofort zu veranlassen.

Unter Kostenfolge."

2.2.

Mit Verfügung vom 29. November 2022 wies der Instruktionsrichter das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Verfügung ab.

2.3.

Mit Eingabe vom 6. Dezember 2022 ersuchte der Beklagte um die unentgeltliche Rechtspflege.

2.4.

Mit Berufungsantwort vom 15. Dezember 2022 beantragte die Klägerin die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Im Übrigen stellte sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege samt unentgeltlicher Rechtsverteidigung.

2.5.

Mit Eingabe vom 27. Dezember 2022 liess sich der (an sich anwaltlich vertretene) Beklagte persönlich vernehmen.

2.6.

Mit Eingabe vom 12. Januar 2023 liess sich die Klägerin nochmals vernehmen.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Der angefochtene Entscheid ist berufungsfähig (Art. 308 ZPO). Mit Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) hat sich der Berufungskläger mit der Begründung im erstinstanzlichen Entscheid im Einzelnen und sachbezogen auseinander zu setzen (REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 36 zu Art. 311 ZPO). Das Obergericht beschränkt sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und der Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen (BGE 142 III 416 f. E. 2.2.4). Hinsichtlich der Kinderbelange gelten der Untersuchungs- und der Officialgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO).

2.

2.1.

Mit dem angefochtenen Entscheid stellte die Vorinstanz die Kinder der Parteien vorsorglich (für die Dauer des Verfahrens) neu unter die Obhut der Klägerin. Dagegen wehrt sich der Beklagte mit seiner Berufung; er verlangt, dass die Kinder unter seiner Obhut bleiben sollen.

2.2.

Zur Begründung der Obhutsumteilung wird im angefochtenen Entscheid im Wesentlichen ausgeführt, es sei für das Kindeswohl zentral, dass C. und D. wieder zur Schule gingen. Es sei zwar bedauerlich, dass der schulpsychologische Dienst kein Abschlussgespräch mit dem Beklagten durchgeführt habe. Allerdings sei dies kein Grund, nicht auf den schulpsychologischen Fachbericht vom 26. Oktober 2022 abzustellen. Zusammengefasst bringe der Beklagte vor, er hätte bei einem Abschlussgespräch aufzeigen können, dass es in Zukunft zu keinen "Überschneidungen" zwischen den Mädchen sowie seiner neuen Partnerin kommen werde. Im Fachbericht werde dies jedoch nicht als einziges Problem beschrieben. Vielmehr hätten die Mädchen auch von Gewalttätigkeiten des Beklagten ihnen gegenüber berichtet und der Loyalitätskonflikt der Mädchen sei aufgeführt worden. Es

sei daher nicht davon auszugehen, dass ein Abschlussgespräch mit dem Beklagten etwas an der Einschätzung des schulpsychologischen Diensts geändert hätte, weshalb auf den Fachbericht abzustellen und davon auszugehen sei, dass aktuell eine Rückkehr in die Obhut des Beklagten sowie ein Schulbesuch in Q. nicht möglich sei. Im Übrigen schienen beide Elternteile in gleichem Masse erziehungsfähig zu sein, beide Elternteile gingen einer Erwerbstätigkeit nach, so dass die Kinder teilweise fremdbetreut werden müssten, und beide Elternteile schienen den Kontakt der Mädchen zum jeweils anderen Elternteil fördern zu wollen. Da eine Rückkehr zum Vater aktuell nicht dem Kindeswohl entspreche, werde die Obhut über C. und D. unter Berücksichtigung der gesamten Umstände sowie des Verhältnismässigkeitsprinzips für die Dauer des Verfahrens an die Klägerin übertragen, damit die Kinder in der Schule in R. angemeldet werden und dort zur Schule gehen könnten und wieder Struktur und Stabilität in ihren Alltag einkehren könne. Insbesondere spreche auch das Kriterium der Stabilität nicht gegen einen Obhutswechsel, da eine solche seit geraumer Zeit nicht mehr gegeben gewesen sei, da die Kinder von einem Elternteil zum anderen gewechselt hätten. Auch stehe der Entscheid des Familiengerichts Brugg vom 22. April 2021 einem Obhutswechsel nicht entgegen, da sich die Verhältnisse in der Zwischenzeit geändert hätten (Schulabsenz, veränderte Lebensumstände beim Beklagten).

2.3.

Mit der Berufung führt der Beklagte zusammenfassend aus, der Obhutswechsel sei tiefgreifend. Der Wechsel von Wohnort und Schule stelle einen kompletten Bruch zum bisherigen Beziehungsnetz der Mädchen dar. Der in aller Eile unter Druck verfasste schulpsychologische Fachbericht kranke an Einseitigkeit. Ein Abschlussgespräch mit dem Beklagten und den Mädchen fehle, es habe nur eines mit der Klägerin stattgefunden. Die von den Mädchen gegenüber den Schulpsychologinnen erwähnten Gewaltanwendungen des Beklagten seien nicht spezifiziert worden. Die Aussage, Gewalt sei in der Vergangenheit ausgeübt worden, sei dermassen vage, dass darauf nicht habe abgestellt werden können. Die veränderten Lebensumstände des Beklagten (neue Lebenspartnerin mit Kindern), welche die Mädchen gemäss ihren Aussagen gegenüber den Schulpsychologinnen verunsicherten, seien nicht (mehr) gegeben. Die neue Lebenspartnerin wohne nicht beim Beklagten (und "existiere" nicht mehr). Eine Familienzusammenführung sei nie geplant gewesen. Es sei offen, was die Mädchen am Schulbesuch in Q. hindern solle. Man wisse nichts über die Tagesstruktur bei der Klägerin (und deren "Mann" und dem Kleinkind). Dagegen sei der Ablauf beim Beklagten notorisch: Er esse über Mittag mit den Kindern zu Hause, nachmittags seien die Mädchen bei der Nachbarin, bis der Beklagte von der Arbeit zurückkehre. Der Beklagte habe "ein vorbildliches Pensum" gezeigt: immer 100% Arbeit trotz der Kinder. Das sei deshalb möglich gewesen, weil er ein tragfähiges Beziehungsnetz habe aufziehen können. Dies beim knappen Budget eines Automechanikers, der nie Alimente (auch nicht

vorgeschossen) erhalten habe. Die Mädchen hätten bei der Klägerin keine Strukturen, anders sei nicht zu erklären, dass der Klägerin nicht gelungen sei, die verlangten Auflagen für schulähnliche Strukturen aufzubauen. Der Beklagte habe der Klägerin ein grosszügiges Besuchsrecht vorgeschlagen, worauf die Vorinstanz nicht eingegangen sei. Die Fachstelle favorisiere zu Recht Stabilität, Orientierung, Sicherheit und verlässliche Beziehungen, was ohne Konsequenz in der Erziehung nicht möglich sei. Daher sei von einem Obhutswechsel abgesehen, wobei auch der Abklärungsbericht der PDAG vom 13. August 2022 keinen solchen empfohlen habe.

2.4.

Die Klägerin führte mit der Berufungsantwort insbesondere aus, die Mädchen seien aktuell und seit Längerem bei ihr. Sie fühlten sich sehr wohl und hätten in R. erfolgreich die Schule begonnen. Sie seien sehr gut aufgenommen worden und hätten bereits Freundinnen und Freunde gefunden. Dies erstaune auch nicht, hätten sich die Mädchen ja bereits vor dem Obhutswechsel regelmässig in R. aufgehalten. Die Mädchen seien bereits zuvor mit dem schulpsychologischen Dienst in Kontakt gestanden und die kurz gehaltene Frist habe dazu gedient, den Kindern baldmöglichst wieder den Schulbesuch zu ermöglichen. Es treffe nicht zu, dass der Bericht "übers Knie" habe gebrochen werden müssen. Seitdem die Mädchen in R. zur Schule gehen könnten, laufe wieder alles in geordneten Bahnen. C. habe gar bereits von der sechsten in die siebte Klasse wechseln können. Die Mädchen hätten bei der Klägerin Struktur; sie lasse ihnen nicht alles durchgehen, wie es der Beklagte regelmässig behaupte.

2.5.

2.5.1.

Im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Verfahrens besuchten die beiden 13- und 10-jährigen Mädchen über längere Zeit die Schule nicht mehr. Gemäss dem Schulpsychologischen Fachbericht vom 26. Oktober 2022 (act. 22 ff.) wurden sie "im September 2022" aufgrund von schulabsentem Verhalten durch die Schule und die Mutter beim Schulpsychologischen Dienst (SPD) angemeldet (act. 22). Seit der Anmeldung hätten sie die Schule in Q. nicht mehr besucht (act. 23). Im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids ist somit von einer rund zweimonatigen und anhaltenden Schulabsenz auszugehen. Es lag damit damals offensichtlich eine Krisensituation vor, welche das Kindeswohl akut gefährdete bzw. nachhaltig zu gefährden drohte.

2.5.2.

Im schulpsychologischen Fachbericht wird dazu insbesondere ausgeführt, nach Aussagen der Mädchen sei ein Schulbesuch in Q. nicht mehr möglich. Aufgrund der Beständigkeit ihrer Aussagen erscheine eine Wiederaufnahme des Schulbesuchs in Q. als nicht realistisch. Zentral sei, dass die Mädchen möglichst rasch wieder eine Schule besuchten. Daher sei es

wichtig, die Sorgen und Ängste sowie die Wünsche der Mädchen ernst zu nehmen (act. 23).

2.5.3.

Soweit der Beklagte diesen Fachbericht grundsätzlich in Frage stellt, weil mit ihm im Gegensatz zur Klägerin und den Mädchen kein Abschlussgespräch stattgefunden habe, kann ihm nicht gefolgt werden. Zum einen fand auch ein Gespräch zwischen ihm und den berichterstattenden Psychologinnen statt und er konnte seine Sicht entsprechend einbringen. Es lag im Ermessen der Psychologinnen, auf ein zweites (Abschluss-)Gespräch mit ihm zu verzichten, was den Wert dieses Berichts nicht wesentlich schmälert. Zum anderen konnte sich der Beklagte sowohl vor der Vorinstanz wie auch im Berufungsverfahren zum Bericht äussern, wobei er bezüglich der zentralen Problematik der Schulabsenz keine anderen konkreten Lösungswege als die Schulpsychologinnen aufgezeigt hat.

2.5.4.

Aufgrund dieser neuen Gefährdungssituation erscheinen, selbst wenn sie zeitlich nicht weit zurückliegen, auch der Entscheid des Bezirksgerichts Brugg vom 22. April 2021 (Berufungsbeilage 1) und der Abklärungsbericht der PDAG vom 13. August 2022 (Berufungsbeilage 5) als nur mehr bedingt aktuell, denn die langanhaltende Schulabsenz lag damals noch nicht vor und wurde entsprechend auch nicht thematisiert. Die Vorinstanz hat die Obhutszuteilung aufgrund dieser veränderten Verhältnisse zurecht neu überprüft.

2.5.5.

C. und D. sind nach dem angefochtenen Entscheid am 28. November 2022 in die Schule in R. eingetreten (vgl. Berufungsantwortbeilage 2). Der Schuleintritt verlief gemäss den Angaben in der Berufungsantwort (S. 3 f.) erfolgreich, was vom Beklagte nicht bestritten wird (vgl. Eingabe vom 27. Dezember 2022). Der Schulwechsel steht im Zusammenhang mit dem hier zu beurteilenden Obhutswechsel bzw. wurde durch diesen ermöglicht. Die Massnahme des Obhutswechsels hat sich somit in Bezug auf die Beschulung der Kinder als erfolgreich erwiesen und die monatelange Schulabsenz konnte beendet werden. Vor diesem Hintergrund erscheint nicht mehr entscheidend, wie die Kinder ihren Wunsch auf einen Schulwechsel resp. ihre Schulverweigerung in Q. begründet haben. Ob die gegenüber den Schulpsychologinnen genannten Gründe (Angst vor dem Vater wegen Gewalterfahrungen, Verunsicherung wegen der neuen Lebenspartnerin) zutreffen oder vor dem Hintergrund des bestehenden Loyalitätskonflikts kritisch zu hinterfragen wären, kann letztlich nicht verifiziert werden, aber auch offen bleiben.

2.5.6.

Ein Obhutswechsel zur Klägerin wäre unter diesen Umständen nur dann abzulehnen, wenn ihre Erziehungsfähigkeit wesentlich eingeschränkt wäre und sie die Kinder nicht adäquat zu betreuen vermöchte. Dies behauptet der Beklagte zwar sinngemäss in seiner Berufung, wobei seine Ausführungen dazu aber ausgesprochen vage und abstrakt bleiben. So bringt er vor, die Mädchen hätten bei der Klägerin keine Strukturen und sie lasse ihnen alles durchgehen, ohne diese Behauptungen zu konkretisieren. Zwar erwähnt er auch eine "erweiterte Natel-Nutzung", spezifiziert aber nicht, woraus diese besteht und inwiefern sie problematisch wäre, zum Beispiel hinsichtlich der täglichen Nutzungsdauer, der Tageszeit der Nutzung oder der Nutzungsinhalte. Im Weiteren verweist er für die Behauptung, dass es der Klägerin nicht gelungen sei, "die verlangten Auflagen für schulähnliche Strukturen aufzubauen", auf den schulpsychologischen Fachbericht (Berufung S. 5). An der entsprechenden Stelle des Berichts wurde ausgeführt, zwischen der Klägerin und der Schule sei vereinbart worden, dass die Klägerin ihre Töchter täglich von der Schule abmelde, Schulaufgaben gemeinsam mit den Töchtern von der Schule abhole und einreiche, zuhause eine schulähnliche Struktur gewährleiste und die Aufgaben korrigiere. Diese Vereinbarungen seien insgesamt nur teilweise eingehalten worden (Fachbericht S. 2, act. 22 Rückseite). Aus dem Fachbericht geht indes nicht hervor, inwieweit diese Vereinbarungen nicht eingehalten worden sind. Vor allem aber betrafen sie die Bewältigung der akuten Krise in der Zeit, in welcher die Mädchen die Schule nicht besuchten. Nachdem die Kinder nun wieder in den ordentlichen Schulalltag eingebunden sind, entfällt die Notwendigkeit, zu Hause schulähnliche Strukturen zu gewährleisten. Es bestehen insgesamt keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin in ihrer Erziehungsfähigkeit wesentlich eingeschränkt wäre. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz die Beiständin unter anderem auch damit beauftragt hat, eine aufsuchende Familienbegleitung zu organisieren. Durch diese könne die Klägerin in ihrer Erziehungsarbeit sowie beim Aufbau einer geeigneten Tagesstruktur unterstützt werden (E. 3.4.2. und Dispositiv-Ziffer 2.1. des angefochtenen Entscheids). Allfälligen Defiziten der Klägerin bei der Kinderbetreuung würde diese Massnahme entgegenwirken.

2.5.7.

Unbestritten ist, dass der Beklagte für die Kinder viel geleistet hat, indem er sie (neben der Bewältigung eines vollen Arbeitspensums) aufgezogen hat (vgl. auch den Bericht der Beiständin vom 2. Februar 2021 [Berufungsantwortbeilage 1], wonach der Beklagte bis zu den zusätzlichen Belastungen mit dem Lockdown und seinem Arbeitsplatzverlust 2020 sehr gut für die Kinder gesorgt habe). Dies ändert aber nichts daran, dass derzeit insbesondere aufgrund des funktionierenden Schulbesuchs in R. es das Kindeswohl gebietet, dass die Kinder bei der Klägerin wohnen.

Der Beklagte hat denn mit seiner Eingabe vom 27. Dezember 2022 auch ausgeführt, er sei damit einverstanden, dass die Kinder für eine Probezeit bei der Klägerin wohnten, "wenn sie es zumuten" [gemeint wohl: wenn das Obergericht der Klägerin die Kinderbetreuung zutraut]. Die Kinder sollten es versuchen, mit der Klägerin zu leben; diese könne sich hoffentlich in vielen Dingen verbessern und ihre Pflicht als Mutter ernst nehmen. Er [der Beklagte] wäre froh, wenn es kein definitiver Entscheid über die Obhut wäre. Es sollte [mit der Kinderbetreuung durch die Klägerin] klappen, nicht, dass die Kinder danach in ein Heim müssten.

Der angefochtene Entscheid regelt die Obhut im Sinne einer vorsorglichen Massnahme nur für die Dauer des Abänderungsverfahrens und ist in diesem Sinne nicht definitiv. Auch wurde die Beiständin aufgefordert, dem Familiengericht Zofingen einerseits einen Verlaufsbericht einzureichen und andererseits dieses umgehend zu informieren, wenn der Schulbesuch in R. nicht gewährleistet oder das Kindeswohl sonst wie gefährdet sei (Dispositiv-Ziffer 2.2. und 2.3. des angefochtenen Entscheids). Sollte die Klägerin der Aufgabe der Kinderbetreuung nicht gewachsen sein oder das Kindeswohl sonst wie gefährdet sein, ist somit gewährleistet, dass das Familiengericht entsprechend einschreiten könnte. In diesem Sinne entspricht der vorinstanzliche Entscheid den Wünschen des Klägers, dass die Obhutsuteilung nicht definitiv sein, sondern "auf Probe" erfolgen solle. Der schulpсихologische Fachbericht schliesst mit folgender Einschätzung: Sollte es den Mädchen trotz Schulwechsel nicht möglich sein, den Unterricht regelmässig zu besuchen, sei aus fachpsychologischer Sicht zwingend ein Wechsel in eine Sonderschule mit Wochenstruktur für normalbegabte Kinder mit einer erheblichen sozialen Beeinträchtigung zu prüfen ([...]) (Fachbericht S. 3, act. 23). Der Beklagte möchte offenbar eine solche Einweisung in ein Schulheim vermeiden und unterstützt daher vorderhand den Schulwechsel nach R. (und "probehalber" das damit verbundene Wohnen bei der Klägerin). Dies ist zu begrüßen, denn gemäss dem schulpсихologischen Fachbericht hängt das Gelingen des Schulwechsels insbesondere auch von der Akzeptanz von beiden Eltern ab (Fachbericht S. 3, act. 23).

2.5.8.

Insgesamt wahrt der angefochtene Entscheid damit das Kindeswohl in der derzeitigen Situation am besten. Er ist entsprechend in Abweisung der Berufung zu bestätigen.

3.

Bei diesem Ausgang ist die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 2'000.00 (Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO, Art. 96 ZPO i.V.m. §§ 3 Abs. 1, 8 und 11 Abs. 1 VKD) dem Kläger aufzuerlegen. Er ist zudem zu verpflichten, der Klägerin ihre zweitinstanzlichen Anwaltskosten zu ersetzen. Letztere sind ausgehend von einer Grundentschädigung für ein durchschnittliches Abänderungsverfahren von Fr. 2'700.00 (§ 3 Abs. 1 lit. b und d sowie Abs. 2

AnwT) unter Berücksichtigung eines Abzugs von 20 % für die entfallene Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT), eines Zuschlags von 10 % für die Eingabe vom 12. Januar 2023 (§ 6 Abs. 2 AnwT), des Rechtsmittelabzugs von 25 % (§ 8 AnwT), einer Auslagenpauschale von Fr. 100.00 sowie der Mehrwertsteuer auf Fr. 2'070.00 festzusetzen.

4.

4.1.

Beide Parteien beantragten für das Berufungsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Bei Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, was den Gesuchsteller aber nicht davon entbindet, seine finanzielle Situation vollumfänglich offenzulegen (BGE 4A_466/2009 E. 2.3). Kommt der Gesuchsteller seiner Pflicht nicht nach, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen werden (BGE 5A_6/2017 E. 2). Soweit er seiner Beweisführungspflicht hinreichend nachgekommen ist, genügt Glaubhaftmachung der Mittellosigkeit (BGE 104 Ia 323 E. 2b). Ein Gesuchsteller ist in Beachtung dieser Pflichten somit gehalten, bereits im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege die entsprechenden Tatsachen und Beweismittel beizubringen (BGE 5A_580/2014 E. 3.2). Tatsachen sind dabei in der Rechtsschrift selber darzulegen; eine blosser Verweisung auf die Beilagen reicht in aller Regel nicht (BGE 4A_281/2017 E. 5). Das Gericht ist nicht verpflichtet, die Akten zu durchforsten, um abzuklären, ob sich daraus zu Gunsten einer der Parteien irgendetwas ergibt (BGE 4A_491/2014 E. 2.6.1). Daran ändert auch die Untersuchungsmaxime nichts.

4.2.

Der Beklagte macht im Berufungsverfahren seine Mittellosigkeit in mehrfacher Hinsicht nicht glaubhaft. Zum einen fehlen Behauptungen und Belege zu seinem Vermögen, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege schon aus diesem Grund abzuweisen ist. Aber auch mit Blick auf seine Vorbringen zu seinem Einkommen (Eingabe vom 6. Dezember 2022) könnte die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt werden. Der Grundbetrag beträgt gemäss den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (KKS.2005.7) Fr. 1'200.00 (nicht wie geltend gemacht Fr. 1'300.00). Es fehlen Ausführungen des Beklagten dazu, weshalb seinem Auto Kompetenzcharakter zukommt, weshalb (anstatt der geltend gemachten Fr. 925.00) nur die Kosten für ein Abonnement des öffentlichen Verkehrs von rund Fr. 100.00 zu berücksichtigen sind. Was die geltend gemachten Beträge für die Schuldentilgung anbelangt (Embra-Kredit I: Fr. 395.00, Embra-Kredit II: Fr. 85.00, Mietschulden: Fr. 200.00, Steuerschulden: Fr. 200.00), könnten diese nur berücksichtigt werden, wenn

deren regelmässige Zahlung nachgewiesen wäre (vgl. WUFFLI / FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, N. 338 f.); dies ist für keine dieser Schulden der Fall. Nicht zu berücksichtigen sind die Grundbeträge für die beiden Mädchen, welche ja nicht mehr beim Beklagten wohnen. Bei dem ausgewiesenen Einkommen von Fr. 5'775.00 und unter Berücksichtigung der weiteren geltend gemachten Posten von Fr. 1'500.00 für Mietkosten, Fr. 225.00 für Nebenkosten, Fr. 320.00 für KVG Prämien des Beklagten, Fr. 200.00 für KVG-Prämien der Mädchen und dem praxisgemäss zu gewährenden zivilprozessualen Zuschlag von Fr. 300.00 verbleibt dem Beklagten ein monatlicher Überschuss von fast Fr. 2'000.00, aus dem er innert angemessener Frist sowohl die Gerichtswie auch seine Parteikosten bezahlen kann.

4.3.

Die Klägerin erzielt gemäss ihren Angaben kein eigenes Einkommen (Berufungsantwort S. 7), was angesichts ihres 3-jährigen Sohnes aus ihrer neuen Partnerschaft glaubhaft ist. Im Weiteren macht sie geltend, über kein Vermögen zu verfügen (Berufungsantwort S. 7) und macht dies mit Einreichung von Kontobelegen (Berufungsantwortbeilage 6; wenn das Konto auch auf ihren Lebenspartner lautet) glaubhaft. Das Einkommen des Lebenspartners ist von vorneherein nicht zu berücksichtigen (vgl. WUFFLI / FUHRER, a.a.O., N. 278 ff.). Der Klägerin ist somit die unentgeltliche Rechtspflege mit unentgeltlicher Rechtsverteidigung zu gewähren, soweit ihr Gesuch (betreffend der Verfahrenskosten) nicht gegenstandslos geworden ist.

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Berufung wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutheissen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist, und Dr. iur. Samuel Egli, Rechtsanwalt, Wohlen, zu ihrem unentgeltlichen Rechtsvertreter bestellt.

3.

Das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.

4.

Die obergerichtlichen Gerichtskosten von Fr. 2'000.00 werden dem Beklagten auferlegt.

5.

Der Beklagte wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Klägerin, Dr. iur. Samuel Egli, Rechtsanwalt, Wohlen, die für das Berufungsverfahren gerichtlich festgesetzten zweitinstanzlichen Anwaltskosten von Fr. 2'070.00 zu bezahlen.

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, 14. Februar 2023

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 5. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Brunner

Donauer