

ZOR.2022.34
(OF.2020.12)

Urteil vom 18. April 2023

Besetzung Oberrichter Six, Präsident
 Oberrichterin Vasvary
 Oberrichter Giese
 Gerichtsschreiberin M. Stierli

Klägerin **A.**_____,
 geboren am tt.mm.1982, von Indien,
 [...]
 vertreten durch Rechtsanwalt Wilhelm Boner,
 [...]

Beklagter **B.**_____,
 geboren am tt.mm.1967, von Möriken-Wildegg,
 [...]
 Zustellungsdomizil: c/o Rechtsanwältin Therese Hintermann,
 [...]

Gegenstand Ehescheidung

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

Die Parteien haben am tt.mm.2008 in Indien [...] geheiratet. Aus der Ehe ist die Tochter C., geboren am tt.mm.2010, hervorgegangen.

2.

Mit Entscheid des Präsidenten des Bezirksgerichts Lenzburg vom 3. November 2014 (SF.2014.70) wurde das Getrenntleben der Parteien geregelt. Insbesondere wurde C. unter die Obhut der Klägerin gestellt, dem Beklagten ein Besuchs- und Ferienrecht eingeräumt, der Beklagte zur Leistung eines Kindesunterhaltsbeitrags verpflichtet und eine Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft für C. angeordnet.

3.

Die Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft sowie die mit Entscheid des Bezirksgerichts Lenzburg vom 6. Juli 2016 erteilten Weisungen wurden mit Entscheid des Bezirksgerichts Lenzburg vom 14. Februar 2019 (KEMN.2019.7) per 31. März 2019 aufgehoben.

4.

Im Juni 2019 reisten die Parteien mit C. nach Tunesien. Die Klägerin reiste im August 2019 alleine in die Schweiz zurück.

5.

Mit Entscheid des Bezirksgerichts Lenzburg vom 5. September 2019 (KEMN.2019.514) wurde den Parteien die Weisung erteilt, alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Aufgabe der erziehenden Person erschwert und an einer Mediation beim Internationalen Sozialdienst Schweiz teilzunehmen. Als Ziele der Mediation wurden die Einigung der Parteien bezüglich der Modalitäten der Rückkehr von C., eine Einigung der Parteien bezüglich der Kontaktmöglichkeiten zwischen C. und der Klägerin sowie die Wiederherstellung des gegenseitigen Vertrauens in den anderen Elternteil festgesetzt. Dem Internationalen Sozialdienst Schweiz wurden verschiedene Aufträge in Bezug auf die Durchführung der Mediation erteilt.

6.

Mit Entscheid des Bezirksgerichts Lenzburg vom 20. November 2019 (KEMN.2019.883) wurde für C. eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet mit der Aufgabe, die Klägerin bei der Wiederherstellung der rechtlich festgelegten Obhut über C. zu unterstützen, die dazu notwendigen Massnahmen in die Wege zu leiten und die Finanzierung zu klären, wobei ihr bezüglich dieser Aufgaben die Substitutionsbefugnis sowie die

Befugnis erteilt wurde, mit allen involvierten Fachstellen zusammenzuarbeiten. Die mit Entscheid des Bezirksgerichts Lenzburg vom 5. September 2019 erteilten Weisungen wurden aufrechterhalten und unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB gestellt. Zudem wurden dem Internationalen Sozialdienst verschiedene Aufträge in Bezug auf die Durchführung der Mediation erteilt.

7.

7.1.

Am 27. Januar 2020 reichte die Klägerin eine Scheidungsklage beim Bezirksgericht Lenzburg ein.

7.2.

Am 25. März 2021 fand eine Einigungsverhandlung statt, welcher der Beklagte unentschuldigt fern blieb.

7.3.

Am 4. Mai 2021 reichte die Klägerin eine ergänzte Scheidungsklage ein.

7.4.

Der Beklagte reichte innert Frist keine Klageantwort ein.

7.5.

Am 13. Januar 2022 fand die Hauptverhandlung vor dem Präsidenten des Bezirksgerichts Lenzburg statt, zu welcher der Beklagte nicht erschien.

7.6.

Mit Urteil vom 13. Januar 2022 erkannte der Präsident des Bezirksgerichts Lenzburg:

1.

Die am tt.mm 2008 in Indien [...] geschlossene Ehe der Parteien wird in Gutheissung der Scheidungsklage der Klägerin/Mutter geschieden.

2.

2.1.

Dem Beklagten/Vater wird das Aufenthaltsbestimmungsrecht über C., geboren am tt.mm.2010, entzogen.

2.2.

Das Aufenthaltsbestimmungsrecht liegt damit alleine bei der Klägerin/ Mutter.

2.3.

Im Übrigen wird die elterliche Sorge über C. beiden Eltern belassen.

3.

3.1.

Die faktische Obhut über das gemeinsame Kind C. wird bis zur Rückkehr des Beklagten/Vaters mit dem Kind der Klägerin/Mutter alleine zugeteilt.

3.2.

Nach Rückkehr des Beklagten/Vaters und des Kindes C. in die Schweiz wird die alternierende Obhut mit hälftiger Betreuung der Eltern angeordnet.

Die Modalitäten der hälftigen Betreuung sowie die Ferien- und Feiertagsplanung werden der direkten Absprache der Eltern überlassen.

4.

Die für C. bestehende Beistandschaft mit ihrem Aufgabenkatalog sowie die Weisungen gemäss Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Lenzburg vom 20. November 2019 werden unverändert aufrechterhalten.

5.

Der Beklagte/Vater wird nach Rückkehr von C. in die Schweiz verpflichtet, der Klägerin/Mutter an den Kinderunterhalt von C. monatlich im Voraus CHF 663.00 zzgl. allfällig von ihm bezogene Familienzulagen zu bezahlen.

6.

Die Erziehungsgutschriften für die Berechnung künftiger AHV-/IV-Renten werden den Parteien je hälftig angerechnet.

7.

Der Antrag der Klägerin/Mutter auf Leistung eines nachehelichen Unterhaltsbeitrages im Sinne von Art. 125 ZGB wird abgewiesen.

8.

8.1.

In güterrechtlicher Hinsicht wird festgestellt, dass die Parteien die beiden Grundstücke in Indien mit Vereinbarung vom 25. Juni 2019 der Klägerin/Mutter zugewiesen haben.

8.2.

Im Übrigen wird festgestellt, dass die Parteien beim heutigen Besitzstand güterrechtlich auseinandergesetzt sind.

9.

Die Aargauische Pensionskasse, Hintere Bahnhofstrasse 8, 5001 Aarau, wird angewiesen, vom Konto des Beklagten (SV-Nr. [...]) den Betrag von CHF 34'020.00 per Rechtskraft des Scheidungsurteils auf das Konto der Klägerin bei der Aargauischen Pensionskasse (SV-Nr. [...]) zu überweisen [Stichtag der Teilung und Verzinsung: 27. Januar 2020].

10.

10.1.

Die Gerichtskosten, bestehend aus einer Entscheidgebühr von CHF 5'000.00 und den Auslagen von CHF 350.80, insgesamt CHF 5'350.80, werden vollumfänglich dem Beklagten auferlegt.

10.2.

Jede Partei hat ihre Parteikosten selbst zu tragen.

10.3.

Die auf die Klägerin entfallenden Kostenanteile (eigene Parteikosten) sind ihr im Hinblick auf die gewährte unentgeltliche Rechtspflege einstweilen vorzumerken. Sie können im Falle von günstigen Verhältnissen gestützt auf Art. 123 ZPO zurückgefordert werden.

8.

8.1.

Der Beklagte erhob am 23. August 2022 Berufung gegen das am tt.mm.2022 im Amtsblatt des Kantons Aargau publizierte Urteil und stellte folgende Anträge:

1.

Ziffern 2, 3, 4, 5, 6, 8, und 10.1 des Entscheids des Bezirksgerichts Lenzburg sei vollumfänglich aufzuheben.

2.

Die elterliche Sorge über C., geb. tt.mm.2010 sei mit Ausnahme des Aufenthaltsbestimmungsrechts beiden Parteien zu belassen.

3.

Der Mutter sei das Aufenthaltsbestimmungsrecht über C. zu entziehen.

4.

Das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht des Vaters über C. sei zu bestätigen.

5.

Die alleinige faktisch[e] Obhut des Vaters über das gemeinsame Kind C. sei zu bestätigen.

6.

Das Besuchsrecht der Mutter sei der freien Vereinbarung der Parteien zu überlassen, wobei auf die Bedürfnisse der Tochter Rücksicht zu nehmen ist.

7.

Die Beistandschaft sei aufzuheben.

8.

Die Mutter sei zu verpflichten, die Kinderzulagen für C. bis zu deren Mündigkeit an den Vater weiterzuleiten. Wohnt das Kind nach der Mündigkeit weiterhin beim Vater, sind die Kinderzulagen weiterhin an ihn zahlbar.

Im übrigen sei festzustellen, dass mangels Leistungsfähigkeit der Mutter keine Unterhaltsbeiträge für C. festgelegt werden können.

9.

Die Erziehungsgutschriften für die Berechnung der künftigen AHV-/IV-Renten seien dem Kindsvater anzurechnen.

10.

Die Ehefrau sei zu verpflichten, dem Ehemann den von ihm bezahlten Parteikostenvorschuss von CHF 3'5000.00 innert 10 Tagen nach Rechtskraft des Urteils zurückzuzahlen. In güterrechtlicher Hinsicht sei im übrigen festzuhalten, dass die Parteien bei ihrem heutigen Besitzstand per Saldo aller Ansprüche güterrechtlich auseinandergesetzt sind.

11.

Die Gerichtskosten der Vorinstanz seien hälftig zu teilen.

12.

Dem Berufungskläger sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung der unterzeichnenden Rechtsanwältin als unentgeltliche Rechtsbeistandin zu bewilligen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten.

In prozessualer Hinsicht beantragte er zudem, C. sei vom Obergericht per WhatsApp/Skype anzuhören.

8.2.

Mit Verfügung vom 29. August 2022 wies der Instruktionsrichter das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab.

8.3.

Mit Eingabe vom 14. November 2022 ersuchte die Klägerin um Leistung einer Sicherheit für ihre Parteikosten durch den Beklagten, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, sowie um Abnahme der Frist zur Erstattung der Berufungsantwort.

Mit Verfügung vom 21. November 2022 wies der Instruktionsrichter die Gesuche der Klägerin ab.

8.4.

Mit Berufungsantwort vom 30. November 2022 stellte die Klägerin folgende Anträge:

1.

Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.

In Abänderung von Dispositiv Ziff. 2.3 und 3 des vorinstanzlichen Urteils sei die elterliche Sorge sowie die Obhut über C. der Klägerin zuzuteilen.

3.

Der Prozessantrag betr. Anhörung des Kindes via Skype etc. sei abzuweisen.

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

5.

5.1.

Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Parteikostenvorschuss von CHF 3'500.00 zzgl. Pauschalspesen von 4% (CHF 140.00) sowie MwSt. 7.7% (CHF 2'870.30), total CHF 3'920.30 zu bezahlen.

5.2

Eventualiter sei der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sei ihr Anwalt zum unentgeltlichen Rechtsvertreter für das Rechtsmittelverfahren zu bestellen.

8.5.

Am 16. Dezember 2022 reichte der Beklagte eine Stellungnahme ein.

8.6.

Mit Schreiben vom 30. Dezember 2022 teilte die Rechtsvertreterin des Beklagten die Niederlegung des Mandats mit.

8.7.

Am 3. Januar 2023 reichte die Klägerin eine Stellungnahme ein.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln beschränkt sich die Berufungsinstanz darauf, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen gegen das erstinstanzliche Urteil erheben. Inhaltlich ist die Rechtsmittelinstanz dabei weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen kann. Die vorgebrachten Beanstandungen geben zwar das Prüfprogramm vor, binden die Rechtsmittelinstanz aber nicht an die Argumente, mit denen diese begründet werden (BGE 147 III 176 E. 4.2.1).

2.

2.1.

Die Vorinstanz erwog im Hinblick auf die Zuständigkeit, der Beklagte sowie die gemeinsame Tochter C. hätten nach Angaben der Klägerin seit Sommer 2019 ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Tunesien, weshalb ein internationaler Sachverhalt vorliege. Sie bejahte eine internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte in Bezug auf die Scheidungsklage gestützt auf Art. 59 lit. b IPRG, weil die Klägerin seit Jahren ihren Wohnsitz in der Schweiz habe (vorinstanzliches Urteil E. 1.1 f.).

2.2.

Die Vorinstanz hat allerdings nicht nur die Ehe der Parteien geschieden, sondern auch die Nebenfolgen der Scheidung und insbesondere die Kinderbelange geregelt. Gemäss Art. 63 Abs. 1 IPRG sind die für Klagen auf Scheidung oder Trennung zuständigen schweizerischen Gerichte auch für die Regelung der Nebenfolgen zuständig, wobei die Bestimmungen über den Minderjährigenschutz gemäss Art. 85 IPRG vorbehalten sind. Für den Schutz von Kindern gilt gemäss Art. 85 Abs. 1 IPRG namentlich in Bezug

auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte das Haager Kindeschutzübereinkommen vom 19. Oktober 1996 (HKsÜ; SR 0.211. 231.011). Aufgrund des Verweises in Art. 85 Abs. 1 IPRG ist das HKsÜ in Angelegenheiten, die einen Bezug zu Nichtvertragsstaaten – wie vorliegend Tunesien (vgl. Statustabelle der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht) – aufweisen, als nationales Recht anzuwenden (BGE 142 III 56 E. 2.1.1 ff.). Der Anwendungsbereich des HKsÜ umfasst Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes (Art. 1 HKsÜ), insbesondere die Zuweisung der elterlichen Sorge, die Regelung der Obhut und des persönlichen Verkehrs sowie die Beistandschaft (Art. 3 lit. a, b und c HKsÜ). Nicht anzuwenden ist es hingegen unter anderem auf die Regelung der Unterhaltspflichten (Art. 4 lit. e HKsÜ). Damit ist die internationale Zuständigkeit in Bezug auf sämtliche von der Vorinstanz geregelten Kinderbelange mit Ausnahme der Festsetzung der Kindesunterhaltsbeiträge nach dem HKsÜ zu bestimmen. Dabei handelt es sich um eine zwingende Zuständigkeit, die von Amtes wegen zu prüfen und zu beachten ist (Urteil des Bundesgerichts 5A_591/2021 vom 12. Dezember 2022 E. 2.3).

2.3.

Nach Art. 5 Abs. 1 HKsÜ sind grundsätzlich die Behörden des Staates zuständig, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Unter dem gewöhnlichen Aufenthalt wird der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung des Kindes verstanden, welcher sich aufgrund der nach aussen erkennbaren tatsächlichen Umstände wie der Dauer des Aufenthaltes und den dadurch begründeten Beziehungen oder der voraussichtlichen Dauer des Aufenthaltes und der damit zu erwartenden Integration ergibt. In der Regel fällt der gewöhnliche Aufenthalt mit dem Lebensmittelpunkt mindestens eines Elternteils zusammen. Im Normalfall eines Umzugs – d.h. unter Vorbehalt einer Entführung – mit dem sorgeberechtigten Elternteil begründet ein Kind sofort einen gewöhnlichen Aufenthalt am neuen Ort (Urteil des Bundesgerichts 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 3.1 mit Hinweisen).

Die Parteien sind Mitte Juni 2019 gemeinsam mit C. nach Tunesien gereist, weil sie befürchtet hatten, die Kindesschutzbehörde würde C. fremdplatzieren (Scheidungsbegehren [act. 1 ff.] Ziff. 2.2; Berufungsbegründung Ziff. 6 f.; Berufungsantwort zu Ziff. 3-7 lit. g und h). Die Klägerin sagte aus, als Herr D. eine Kopie des Passes verlangt habe, habe ihr Ehemann gesagt, sie müssten nun gehen, weil ihre Tochter sonst ins Kinderheim müsse. Sie seien dann direkt nach Tunesien gereist und hätten dort in Q. gelebt (KEMN.2019.514 act. 80 f.). Dass der Beklagte die Klägerin dazu überredet haben soll, indem er behauptet habe, C. werde sonst in ein Heim gebracht (Berufungsantwort zu Ziff. 3-7 lit. g), vermag nichts daran zu ändern, dass es sich um einen einvernehmlichen Wechsel des Aufenthaltsorts von C. gehandelt hat. Als gemeinsame Inhaber der elterlichen Sorge waren die Parteien dazu ohne Weiteres berechtigt (Art. 301a ZGB).

Gemäss Angabe des Schulleiters war C. seit dem 20. Juni 2019 nicht mehr in der Schule erschienen. Die Parteien ersuchten ihn am 24. Juni 2019 per E-Mail zunächst um einen Sonderurlaub bis zu den Sommerferien und teilten ihm am 1. Juli 2019 wiederum per E-Mail mit, sie hätten Hinweise, dass C. ihnen bald entzogen würde, weshalb sie beschlossen hätten, zumindest bis zu einem akzeptablen Entscheid der KESB ohne Kindesentzug nicht mehr in die Schweiz zurückzukehren und vielleicht auch danach dort [in Tunesien] zu bleiben, was sie später entscheiden würden. Sie hätten sich abgemeldet und würden C. aus der Schule nehmen. Bis sie dort eine gute Schule fänden, würden sie täglich «Homeschooling» mit C. machen (KEMN.2019.514 act. 24 ff.). Zudem wandte sich der Beklagte am 24. Juni 2019 an die Einwohnerkontrolle R., um die Familie abzumelden (KEMN.2019.514 act. 46). Anlässlich der Anhörung vor der Fachrichterin des Bezirksgerichts Lenzburg vom 2. September 2019 sagte die Klägerin ausserdem aus, sie hätte wegen ihrer Abreise ihre Stelle gekündigt (KEMN.2019.514 act. 82). Aufgrund dieser äusseren Umstände ist davon auszugehen, dass sowohl die Klägerin als auch der Beklagte sich zum Zeitpunkt ihrer Abreise mit C. auf unbestimmte Zeit in Tunesien niederlassen wollten und es sich nicht – wie von der Klägerin behauptet – um «eine Art verlängerte Ferien in Tunesien bis zum Beginn des neuen Schuljahrs» (Scheidungsbegehren Ziff. 2.2) handelte. Damit hat C. mit dem Umzug sofort einen gewöhnlichen Aufenthalt in Tunesien begründet.

Es ist davon auszugehen, dass es zu einem späteren Zeitpunkt zu einer Auseinandersetzung zwischen den Parteien gekommen ist, weil die Klägerin in die Schweiz zurückreisen wollte (KEMN.2019.514 act. 81; Berufungsantwort zu Ziff. 3-7 lit. i und k). Gemäss Angabe der Klägerin sei der Beklagte am 15. August 2019 mit C. untergetaucht (Berufungsantwort zu Ziff. 3-7 lit. k). Der Beklagte behauptet hingegen, die Klägerin sei, ohne eine Nachricht zu hinterlassen, in die Schweiz zurückgereist (Berufung Ziff. 17). Fest steht, dass die Klägerin am 24. August 2019 wieder in die Schweiz zurückgereist und der Beklagte mit C. in Tunesien geblieben ist (Berufungsantwort zu Ziff. 3-7 lit. k; KEMN.2019.514 act. 75). Die Klägerin teilte nach ihrer Rückreise der Fachrichterin des Bezirksgerichts Lenzburg mit, sie hätte nun realisiert, dass sie die Zukunft mit ihrer Tochter nur in der Schweiz sehe. Ihre Tochter habe nicht mit ihr in die Schweiz reisen wollen, weil der Beklagte ihr gesagt habe, sie komme dann in ein Kinderheim und dürfe die Eltern zehn Jahre nicht mehr sehen. Sie sei nun ohne ihre Tochter in die Schweiz gereist, könne aber nicht ohne ihre Tochter leben (KEMN.2019.514 act. 75). Aus den Aussagen ist ebenfalls ersichtlich, dass die Klägerin sich dazu entschlossen hatte, sich für eine längere Zeit zusammen mit C. und dem Beklagten in Tunesien niederzulassen, und dass sie von diesem Entschluss dann erst im Laufe des Aufenthalts abgekommen ist. Ob die Klägerin freiwillig ohne C. in die Schweiz zurückreiste oder nicht, kann damit letztlich offenbleiben, da C. zu diesem Zeitpunkt bereits einen

gewöhnlichen Aufenthalt in Tunesien begründet hatte. Unter diesen Umständen kann es sich beim anhaltenden Aufenthalt von C. in Tunesien auch nicht um ein widerrechtliches Zurückhalten i.S.v. Art. 7 HKsÜ handeln.

Mit der Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts in Tunesien ist die internationale Zuständigkeit zur Regelung der Kinderbelange gemäss Art. 5 Abs. 1 HKsÜ auf die tunesischen Behörden übergegangen. Eine Ausnahme bestand einzig im Hinblick auf das zu diesem Zeitpunkt hängige und später mit der Auferlegung von Weisungen an die Parteien rechtskräftig abgeschlossene Verfahren des Bezirksgerichts Lenzburg KEMN.2019.514, weil im Falle eines Wegzugs während eines hängigen Verfahrens in einen Nichtvertragsstaat die einmal in der Schweiz begründete Zuständigkeit für Kindesschutzmassnahmen bestehen bleibt (BGE 142 III 1 E. 2.1). Im über ein halbes Jahr nach dem Wegzug nach Tunesien eröffneten Scheidungsverfahren bestand hingegen gemäss Art. 5 HKsÜ keine schweizerische Zuständigkeit zur Regelung der Kinderbelange.

2.4.

Es besteht weiter auch keine Annexzuständigkeit i.S.v. Art. 10 Abs. 1 HKsÜ. Nach dieser Bestimmung können die Behörden eines Vertragsstaates in Ausübung ihrer Zuständigkeit für die Entscheidung über einen Antrag auf Scheidung, Trennung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe der Eltern eines Kindes, das seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Vertragsstaat hat, sofern das Recht ihres Staates dies zulässt, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes treffen, wenn (lit. a) einer der Eltern zu Beginn des Verfahrens seinen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat und ein Elternteil die elterliche Verantwortung für das Kind hat, und (lit. b) die Eltern und jede andere Person, welche die elterliche Verantwortung für das Kind hat, die Zuständigkeit dieser Behörden für das Ergreifen solcher Massnahmen anerkannt haben und diese Zuständigkeit dem Wohl des Kindes entspricht.

Der Beklagte hat sich im vorinstanzlichen Verfahren nicht vernehmen lassen, weshalb im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils keine Anerkennung der Zuständigkeit des schweizerischen Scheidungsgerichts zur Regelung der Kinderbelange vorgelegen hat. Selbst wenn die Anträge des Beklagten im Rahmen des Berufungsverfahrens als konkludente Anerkennung der Zuständigkeit aufgefasst würden, ist nicht ersichtlich, dass eine schweizerische Zuständigkeit aufgrund des Kindeswohls geboten wäre. C. lebt zusammen mit dem Beklagten seit nunmehr über 3 ½ Jahren in Tunesien und es ist davon auszugehen, dass sie sich in Tunesien eingelebt hat. Aus einem Schreiben der tunesischen Zentralbehörde ist ersichtlich, dass C. durch einen Psychologen angehört worden ist und anlässlich dieses Gesprächs unter anderem angegeben hat, sie sei sehr glücklich mit ihrem Vater, wolle nicht bei ihrer Mutter leben und habe Angst, dass die Schweizer Behörden an ihre Schule kommen würden, um sie zur Rückkehr in die

Schweiz zu zwingen (act. 112 f.). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung sagte die Beiständin E. betreffend das Rückführungsverfahren aus, sie hätten mehrmals über das Bundesamt für Justiz nachgefragt und die tunesischen Behörden hätten klargemacht, dass sie eine Rückführung nicht umsetzen würden, wenn es dem Kind gut gehe und es nicht zurückwolle. Das Kindeswohl würde von den tunesischen Behörden nicht als gefährdet eingeschätzt (act. 147). Im Gegensatz zu den tunesischen Behörden ist es einem schweizerischen Gericht nicht möglich, sich ein persönliches Bild von C.s Lebensverhältnissen zu machen, weshalb eine schweizerische Zuständigkeit zur Regelung der Kinderbelange vorliegend nicht sachgerecht erscheinen und dem Kindeswohl entsprechen würde. Zudem ist insbesondere anhand der Informationen der tunesischen Zentralbehörde auch nicht ersichtlich, dass eine schweizerische Zuständigkeit zum Schutz von C. unerlässlich ist, weshalb auch eine Notzuständigkeit gemäss Art. 85 Abs. 3 IPRG ausser Betracht fällt.

2.5.

Insgesamt war die Vorinstanz damit nicht zur Regelung der Kinderbelange im Sinne des HKsÜ zuständig. Aufgrund der Unzuständigkeit sind die Dispositivziffern betreffend die elterliche Sorge und das Aufenthaltsbestimmungsrecht (Ziff. 2), die Obhut (Ziff. 3) sowie die Beistandschaft (Ziff. 4) von Amtes wegen aufzuheben. Wird nicht über die Obhut befunden, kann auch kein Entscheid über die Kindesunterhaltsbeiträge sowie die Anrechnung der Erziehungsgutschriften (vgl. Art. 52^f_{bis} Abs. 1 AHVV) erfolgen, weshalb Dispositivziffern 5 und 6 ebenfalls von Amtes wegen aufzuheben sind. Mangels Zuständigkeit ist auf die reformatorischen Anträge des Beklagten betreffend die Kinderbelange (Ziff. 2 bis 9) folglich nicht einzutreten. Insofern die Klägerin mit Berufungsantwort Anträge gestellt hat, die in Bezug auf die elterliche Sorge und Obhut über das vorinstanzliche Urteil hinausgehen, ohne jedoch formell Anschlussberufung zu erheben, kann offenbleiben, ob diese als Anschlussberufung oder Anträge unter der Geltung der Officialmaxime entgegenzunehmen sind, weil ohnehin nicht darauf einzutreten ist.

3.

3.1.

Die Vorinstanz hat in güterrechtlicher Hinsicht festgestellt, dass die Parteien «die beiden Grundstücke in Indien» mit Vereinbarung vom 25. Juni 2019 der Klägerin zugewiesen hätten und im Übrigen in güterrechtlicher Hinsicht auseinandergesetzt seien. In Bezug auf die Grundstücke führte sie aus, die Klägerin habe sinngemäss Antrag auf Feststellung, dass die zwei Landstücke in Indien gemäss separater Parteivereinbarung ihr zugewiesen worden seien, gestellt und anlässlich der Hauptverhandlung eine von beiden Ehegatten unterzeichnete Vereinbarung vom 25. Juni 2019 eingereicht, wonach beide Landtitel in Indien im Rahmen der Scheidungsvereinbarung an die Klägerin übergehen würden. Da der Beklagte sich dazu nicht

habe vernehmen lassen, sei das Rechtsbegehren der Klägerin gutzuheissen (vorinstanzliches Urteil E. 9.2).

3.2.

Die güterrechtliche Auseinandersetzung unterliegt dem Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz: Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO) und die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 277 Abs. 1 i.V.m. Art. 55 Abs. 1 ZPO).

Eine Klageänderung ist in der Hauptverhandlung nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und sie auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht (Art. 230 Abs. 1 ZPO). Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 2 ZPO), wobei «zu Beginn der Hauptverhandlung» bedeutet, dass diese vor den ersten Parteivorträgen nach Art. 228 ZPO einzubringen sind (BGE 147 III 475). Danach werden neue Tatsachen und Beweismittel gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach dem Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (echte Noven; lit. a) oder bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven; lit. b).

3.3.

Die Klägerin hat mit ihrer Scheidungsklage vom 27. Januar 2020 sowie ergänzter Scheidungsklage vom 4. Mai 2021 beantragt, es sei festzustellen, dass die Parteien güterrechtlich per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt seien. Sie hat erst im Rahmen ihres Plädoyers nach Abschluss der Beweisabnahme ein Landstück in Indien erwähnt, die Vereinbarung vom 25. Juni 2019 eingereicht und ausgeführt, das Landstück solle an sie fallen (act. 152 f.). Zu diesem Zeitpunkt konnte sie neue Tatsachen und Beweismittel nicht mehr unbeschränkt i.S.v. Art. 229 Abs. 2 ZPO, sondern nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorbringen. Da das Landstück in Indien nach Angaben der Klägerin am Anfang der Ehe gekauft worden sei (act. 152) und die Vereinbarung vom 25. Juni 2019 datiert und somit vor Einleitung des Scheidungsverfahrens entstanden ist, handelt es sich nicht um echte Noven (lit. a), und es ist weder ersichtlich noch hat die Klägerin geltend gemacht, dass es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre, diese Tatsachen und Beweismittel bereits zu Beginn der Hauptverhandlung vorzubringen, weshalb sie im Verfahren nicht zu berücksichtigen sind. Mangels neuer Tatsachen und Beweismittel

war auch eine Klageänderung in der Hauptverhandlung nicht mehr zulässig, womit es beim Antrag der Klägerin um Feststellung, dass die Parteien güterrechtlich per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt seien, geblieben ist. Nach dem Verhandlungsgrundsatz durfte die Vorinstanz nicht über diesen Antrag hinausgehen, weshalb die Feststellung, dass die Parteien die beiden Grundstücke in Indien mit Vereinbarung vom 25. Juni 2019 der Klägerin zugewiesen haben (Dispositivziffer 8.1), aufzuheben ist. Die Berufung des Beklagten erweist sich in diesem Punkt als begründet.

3.4.

Der Beklagte beantragt in güterrechtlicher Hinsicht zudem, die Klägerin sei zu verpflichten, ihm den von ihm bezahlten Parteikostenvorschuss von Fr. 3'500.00 innert zehn Tagen nach Rechtskraft des Urteils zurückzuzahlen. Dabei handelt es sich um einen neuen Antrag, der im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden kann, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und er auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht (Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO). Der Beklagte bezieht sich zur Begründung seines Anspruchs auf Ziff. 13 des Eheschutzurteils vom 3. November 2022 [recte: Ziff. 12 des Eheschutzurteils vom 3. November 2014 (SF.2014.70)], mit dem er verpflichtet wurde, der Klägerin einen Parteikostenvorschuss von Fr. 3'500.00 zu bezahlen sowie auf das Protokoll der Eheschutzverhandlung, in welchem festgehalten worden sei, der Prozesskostenvorschuss werde im Scheidungsfall bei der Regelung des Güterrechts berücksichtigt (Berufungsbegründung Ziff. 24). Sein Antrag beruht somit nicht auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln, die trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

4.

4.1.

Der Beklagte wendet sich mit Berufung sodann gegen die vorinstanzliche Kostenverlegung und beantragt, die Gerichtskosten der Vorinstanz seien den Parteien je hälftig aufzuerlegen.

4.2.

Die Vorinstanz hat die Gerichtskosten vollumfänglich dem Beklagten auferlegt, weil die Klägerin mit ihren Anträgen zu weiten Teilen durchgedrungen und der überdurchschnittliche Aufwand im Verfahren durch die Passivität des Beklagten trotz Verfahrenskenntnis verursacht worden sei (vorinstanzliches Urteil E. 11).

4.3.

Die Prozesskosten sind grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 ZPO). Davon kann allerdings in familienrechtlichen Verfahren abgewichen werden (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Nach ständiger

Aargauischer Gerichtspraxis werden bei einem erstinstanzlichen familienrechtlichen Verfahren die Gerichtskosten grundsätzlich halbiert und die Parteikosten wettgeschlagen. Das teilweise Obsiegen der Klägerin sowie die Passivität des Beklagten stellen keinen Grund dar, um von diesem Grundsatz abzuweichen, weshalb die Berufung des Beklagten in diesem Punkt gutzuheissen und den Parteien die vorinstanzlichen Gerichtskosten von insgesamt Fr. 5'350.80, bestehend aus einer Entscheidgebühr von Fr. 5'000.00 und Auslagen von Fr. 350.80, je zur Hälfte mit Fr. 2'675.40 aufzuerlegen sind. Hinsichtlich der Verlegung der Parteikosten bleibt es mit der Vorinstanz dabei, dass diese wettzuschlagen sind.

Die auf die Klägerin entfallenden Kostenanteile (eigene Parteikosten sowie hälftige Gerichtskosten) sind ihr im Hinblick auf die im vorinstanzlichen Verfahren gewährte unentgeltliche Rechtspflege einstweilen vorzumerken. Die Klägerin ist zur Nachzahlung an den Kanton Aargau verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 Abs. 1 ZPO).

5.

Zusammenfassend ist die Berufung des Beklagten in Bezug auf die güterrechtliche Feststellung der Zuweisung der Grundstücke in Indien an die Klägerin sowie die Verlegung der erstinstanzlichen Gerichtskosten gutzuheissen. Im Hinblick auf die Kinderbelange ist die Berufung insofern gutzuheissen, als die Dispositivziffern 2, 3, 4, 5 und 6 aufgehoben werden, während auf die diesbezüglichen reformatorischen Anträge des Beklagten nicht einzutreten ist. In Bezug auf seinen Antrag auf Rückzahlung des Prozesskostenvorschusses ist auf die Berufung des Beklagten ebenfalls nicht einzutreten.

6.

6.1.

Auf das mit Berufungsantwort gestellte Begehren der Klägerin, der Beklagte habe ihr für das Berufungsverfahren einen Parteikostenvorschuss zu bezahlen, ist nicht einzutreten. Ein Gesuch um Prozesskostenvorschuss für das ordentliche Ehescheidungsverfahren ist in einem summarischen Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen (Art. 276 ZPO) geltend zu machen. Das in einem Scheidungsverfahren als Rechtsmittelinstanz angerufene Obergericht ist für ein Verfahren, das nicht Gegenstand des ordentlichen Scheidungsverfahrens ist, mit Blick auf die unterschiedlichen Verfahrensarten sowie auf das grundsätzliche Erfordernis des doppelten Instanzenzuges (vgl. Art. 75 Abs. 2 BGG), funktionell nicht zuständig (statt vieler: Urteil des Obergerichts ZSU.2022.240 vom 18. Januar 2023 E. 6). Dementsprechend fehlt es im kantonalen Recht für eine Zuständigkeit des Obergerichts zur Beurteilung eines erstmals gestellten Prozesskostenvorschussbegehrens, welches im summarischen Verfahren zu behandeln ist, auch an einer Rechtsgrundlage (vgl. § 11 Abs. 1 lit. a i.V.m. § 10 Abs. 1 lit.

a EG ZGB e contrario). Vielmehr ist diese Zuständigkeit den Bezirksgerichtspräsidien zugewiesen (§ 6 Abs. 1 lit. b EG ZPO). Sodann ist auch auf das eventualiter gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht einzutreten, zumal die Klägerin bereits mit Eingabe vom 14. November 2022 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht hat und ihr Gesuch mit Verfügung vom 21. November 2022 u.a. mangels Antrags auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses abgewiesen wurde.

6.2.

Für das Berufungsverfahren ist in vermögensrechtlicher Hinsicht ausgehend vom unbestrittenen Kaufpreis der Landstücke in Indien von ca. Fr. 40'000.00 (Berufung Ziff. 23; Berufungsantwort zu Ziff. 23 und 24), der beantragten Rückzahlung des Prozesskostenvorschusses von Fr. 3'500.00 sowie hälftigen Gerichtskosten von Fr. 2'675.40 von einem Obsiegen des Beklagten im Umfang von rund 90 % auszugehen. In Bezug auf die Anträge betreffend die Kinderbelange obsiegt der Beklagte einzig hinsichtlich der Aufhebung der betreffenden Dispositivziffern (Rechtsbegehren 1), hingegen ist auf die Rechtsbegehren 2 bis 9 nicht einzutreten, was als Unterliegen gilt (Art. 106 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Auf die Anträge der Klägerin in Bezug auf die elterliche Sorge und die Obhut ist ebenfalls nicht einzutreten, womit die Klägerin in diesen Punkten ebenfalls unterliegt. Gesamthaft rechtfertigt es sich, den Parteien die Kosten für das Berufungsverfahren, die auf Fr. 4'500.00 festzusetzen sind (§ 7 Abs. 4 und 5 VKD i.V.m. § 11 Abs. 1 VKD), je zur Hälfte im Umfang von Fr. 2'250.00 aufzuerlegen. Die obergerichtlichen Gerichtskosten sind mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'500.00 zu verrechnen, sodass die Klägerin dem Beklagten Fr. 2'250.00 direkt zu ersetzen hat (Art. 111 ZPO). Die Parteikosten sind wettzuschlagen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO).

7.

Dem Beklagten wurde mit Verfügung vom 9. Januar 2023 mitgeteilt, dass die Adresse der von ihm für die Berufung mandatierten Rechtsanwältin bis zur Bezeichnung eines neuen Zustellungsdomizils als Zustellungsdomizil in der Schweiz gelte (zur Begründung siehe Verfügung vom 9. Januar 2023). Nachdem der Beklagte nach Niederlegung des Mandats seiner bisherigen Rechtsanwältin weder einen neuen Rechtsvertreter beauftragt, noch ein neues Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat, hat die Zustellung des Urteils ungeachtet des Umstands, dass er nicht mehr anwaltlich vertreten ist, an sein bisheriges Zustellungsdomizil zu erfolgen.

Das Obergericht erkennt:

1.

1.1.

In teilweiser Gutheissung der Berufung des Beklagten sowie von Amtes wegen werden die Dispositivziffern 2, 3, 4, 5, 6 des Urteils des Präsidenten des Bezirksgerichts Lenzburg vom 13. Januar 2022 aufgehoben und die Dispositivziffern 8 und 10 des Urteils des Präsidenten des Bezirksgerichts Lenzburg vom 13. Januar 2022 aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

1.
[unverändert]

2.
[aufgehoben]

3.
[aufgehoben]

4.
[aufgehoben]

5.
[aufgehoben]

6.
[aufgehoben]

7.
[unverändert]

8.
Es wird festgestellt, dass die Parteien beim heutigen Besitzstand güterrechtlich auseinandergesetzt sind.

9.
[unverändert]

10.
10.1
Die Gerichtskosten, bestehend aus einer Entscheidgebühr von Fr. 5'000.00 und den Auslagen von Fr. 350.80, insgesamt Fr. 5'350.80, werden den Parteien je zur Hälfte mit Fr. 2'675.40 auferlegt.

10.2
[unverändert]

10.3
Die auf die Klägerin entfallenden Kostenanteile (eigene Parteikosten sowie hälftige Gerichtskosten) sind ihr im Hinblick auf die gewährte unentgeltliche Rechtspflege einstweilen vorzumerken. Die Klägerin ist zur Nachzahlung an den Kanton Aargau verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist.

1.2.

Im Übrigen wird auf Berufung des Beklagten nicht eingetreten.

2.

2.1.

Auf das Gesuch der Klägerin um Leistung eines Parteikostenvorschusses durch den Beklagten wird nicht eingetreten.

2.2.

Auf das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird nicht eingetreten.

2.3.

Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von Fr. 4'500.00 werden den Parteien je zur Hälfte, d.h. mit Fr. 2'250.00, auferlegt und mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'500.00 verrechnet, sodass die Klägerin dem Beklagten Fr. 2'250.00 direkt zu ersetzen hat.

2.4.

Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

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, 18. April 2023

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 2. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Six

M. Stierli