

ZSU.2023.57
(SF.2022.26)
Art. 41

Entscheid vom 5. Juni 2023

Besetzung Oberrichter Brunner, Präsident
 Oberrichter Lindner
 Oberrichter Holliger
 Gerichtsschreiberin Donauer

Klägerin **A.**_____,
 [...]
 unentgeltlich vertreten durch MLaw Larissa Willi, Rechtsanwältin,
 Stadtturmstrasse 19, Postfach, 5401 Baden

Beklagter **B.**_____,
 [...]
 vertreten durch lic. iur. Patrick Imbach, Rechtsanwalt,
 Stauffacherstrasse 16, 8004 Zürich

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Eheschutz

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Mit Eingabe vom 13. April 2022 reichten die Parteien eine gemeinsame Trennungsvereinbarung beim Gerichtspräsidium Lenzburg ein.

1.2.

Mit Eingabe vom 28. Juni 2022 stellte die Klägerin u.a. folgende superprovisorische Anträge:

" 1.

Die gemeinsame Tochter C., geb. tt.mm.2018 sei, per sofort für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes unter die alleinige elterliche Obhut der Gesuchstellerin 1 zu stellen.

2.

2.1.

Der Gesuchsteller 2 sei anzuweisen und zu verpflichten, die gemeinsame Tochter C., geb. tt.mm.2018, per sofort, spätestens jedoch bis zum 30.06.2022, 16:00 Uhr, in die Obhut der Gesuchstellerin 1 zu übergeben.

[...]"

1.3.

Mit Verfügung vom 29. Juni 2022 verfügte das Gerichtspräsidium Lenzburg superprovisorisch u.a. folgendes:

" 1.

Die gemeinsame Tochter C., geb. tt.mm. 2018, wird per sofort für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt.

2.

2.1.

Der Gesuchgegner wird verpflichtet, die gemeinsame Tochter C., geb. tt.mm. 2018, **per sofort, spätestens jedoch bis zum 30. Juni 2022, 16:00 Uhr**, in die Obhut der Gesuchstellerin zu übergeben.

[...]

3.

3.1.

Das Verfahren hinsichtlich Genehmigung einer Trennungsvereinbarung gilt als gescheitert und wird als strittiges Eheschutzverfahren fortgeführt, wobei der Gesuchstellerin 1 die Parteirolle "Gesuchstellerin" und dem Gesuchsteller 2 die Parteirolle "Gesuchgegner" zugeteilt wird.

[...]"

1.4.

Mit begründetem Eheschutzgesuch vom 5. Juli 2022 stellte die Klägerin beim Gerichtspräsidium Lenzburg u.a. folgende Begehren:

" 3.

In Bestätigung der superprovisorischen Verfügung vom 29.09.2022 sei die gemeinsame Tochter C., geb. tt.mm.2018 für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes unter die alleinige elterliche Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.

4.

4.1.

Es sei derzeit auf die Zusprechung eines Besuchsrechts zu verzichten.

4.2.

Es sei eine Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB für C. zur Aufgleisung, Regelung und Überwachung des persönlichen Verkehrs sowie zur Organisation eines begleiteten Besuchsrechts zu errichten.

4.3.

Der Gesuchsgegner sei nach Errichtung der Beistandschaft für berechtigt zu erklären, C. im Rahmen eines begleiteten Besuchsrechts einmal pro Monat an einem Samstag zwischen 14:00 und 16:00 Uhr zu besuchen.

5.

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin spätestens ab dem 01.10.2022 monatlich im Voraus an den Unterhalt der gemeinsamen Tochter C. Unterhaltsbeiträge in der Höhe von mindestens CHF 3'410.00 (davon CHF 2'620.00 Betreuungsunterhalt) zu bezahlen.

[...]

6.

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin spätestens ab dem 01.10.2022 monatlich im Voraus einen angemessenen persönlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von mind. CHF 100.00 zu bezahlen.

[...]"

1.5.

Mit Klageantwort vom 15. Juli 2022 stellte der Beklagte u.a. folgende Anträge:

" Hauptantrag

1.

Den Parteien sei das Getrenntleben zu bewilligen und es sei festzustellen, dass sie seit dem 30.09.2021 getrennt leben.

[...]

3.

Die gemeinsame Tochter C., geb. tt.mm.2018, sei unter die alleinige Obhut

des Gesuchgegners zu stellen und es sei der Gesuchstellerin ein angemessenes Besuchsrecht zu gewähren;

eventualiter sei C. unter die alternierende Obhut mit mindestens hälftiger Betreuung durch den Gesuchgegner (inkl. Ferien und Feiertagen) und mit Wohnsitz beim Gesuchgegner zu stellen (weitere Anträge zum konkreten Betreuungsplan und dem Kinderunterhalt werden vorbehalten).

4.

Es sei eine Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für C. zu errichten.

5.

Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchgegner an den Unterhalt von C., spätestens ab dem 01.10.2022, monatlich im Voraus zahlbare angemessene Unterhaltsbeiträge (Bar- und Betreuungsunterhalt) zu bezahlen; im Eventualfall der alternierenden Obhut sei auf die Festsetzung eines Unterhalts zu verzichten.

6.

Es sei festzuhalten, dass kein persönlicher Unterhalt festgelegt werden kann, da die Parteien dazu nicht in der Lage sind.

[...]"

1.6.

Am 24. November 2022 fand eine Verhandlung statt, anlässlich welcher eine Parteibefragung durchgeführt wurde. Die Klägerin änderte ihre bisherigen Anträge wie folgt:

" 4.

4.1

[Es sei eine] Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB für C. zur Aufgleisung, Regelung und Überwachung des persönlichen Verkehrs sowie zur Organisation eines begleiteten Besuchsrechts zu errichten.

4.2.

In der ersten Phase bis mind. Sommer 2023 [soll] dem Gesuchsgegner ein begleitetes Besuchsrecht im Rahmen der Möglichkeiten des BBT gewährt werden, max. jedoch jedes zweite Wochenende an einem Tag.

4.3.

In einer zweiten Phase frühestens ab Sommer 2023 sei dem Gesuchsgegner ein Besuchsrecht jedes zweite Wochenende am Samstag oder Sonntag von 12:00 – 17:00 Uhr zu gewähren, wobei die Übergaben an einem öffentlichen Ort zu erfolgen haben.

[...]

10.

10.1

Gestützt auf Art. 172 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 28b Abs. 1 Ziff. 1 ZGB sei es dem Gesuchgegner per sofort auf unbestimmte Zeit zu verbieten, sich der Gesuchstellerin auf weniger als 100 Meter anzunähern (Ausnahme Übergaben der Tochter gemäss Antrag Ziff. 4)

10.2

Gestützt auf Art. 172 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 28b Abs. 1 Ziff. 2 ZGB sei es dem Gesuchsgegner per sofort auf unbestimmte Zeit zu verbieten, sich der ehelichen Wohnung an der [...], Q., auf weniger als 100 Meter anzunähern oder sich in einem Umkreis von 100 Metern aufzuhalten.

10.3

Überdies sei gestützt auf Art. 172 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 28b Abs. 1 Ziff. 3 ZGB dem Gesuchsgegner per sofort auf unbestimmte Zeit zu verbieten, in irgendwelcher Form direkt oder indirekt Kontakt (Direktkontakt, Anrufe, SMS, WhatsApp-Nachrichten und Anrufe, E-Mail, auch über Drittpersonen) mit der Gesuchstellerin aufzunehmen (ausgenommen ist Schriftform).

11.

Bei Nichtbefolgen der Anordnungen gemäss Ziffern 10.1 und 10.2 hiavor sei dem Gesuchsgegner die Bestrafung gemäss Art. 292 StGB anzudrohen."

1.7.

Am 24. November 2022 erkannte das Gerichtspräsidium Lenzburg u.a.:

" 3.

Die Tochter C., geb. tt.mm. 2018, wird für die Dauer der Trennung unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.

4.

Der Gesuchgegner ist berechtigt, C. jedes zweite Wochenende von Freitag bis Montag zu sich auf Besuch zu nehmen und jährlich 14 Tage Ferien mit ihr zu verbringen.

Der Gesuchgegner holt C. jeweils am Freitagabend von der Kita ab und bringt sie am Montagmorgen wieder in die Kita.

Ein weitergehendes Besuchs- und Ferienrecht nach Absprache unter den Parteien bleibt vorbehalten.

5.

5.1.

Der Gesuchgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Barunterhalt von C. monatlich im Voraus CHF 410.00, zuzüglich allfällig bezogener Kinderzulagen, zu bezahlen.

5.2.

Es wird festgestellt, dass der Unterhalt von C.

- bis zum 31. Juli 2023 in der Höhe von CHF 3'833.00
(inkl. Betreuungsunterhalt von CHF 2'470.00)
- ab 1. August 2023 in der Höhe von CHF 2'328.00
(inkl. Betreuungsunterhalt von CHF 965.00)

nicht gedeckt werden kann (Manko).

6.

Bei der Festlegung der vorstehenden Unterhaltsbeiträge wurde von folgenden Einkünften ausgegangen:

Gesuchstellerin

- bis 31. Juli 2023 CHF 0.00
- ab 1. August 2023 CHF 1'505.00

Gesuchgegner

- ab 16. August 2022 CHF 3'010.00

7.

Im Übrigen werden die Anträge der Parteien abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist."

2.

2.1.

Der Beklagte erhob fristgerecht am 20. März 2023 Berufung gegen den ihm am 10. März 2023 in begründeter Fassung zugestellten Entscheid und beantragte:

" 1. Hauptanträge

1.1.

Es seien die Ziff. 3 und 4 des Dispositivs des Entscheids SF.2022.26 des Präsidiums des Familiengerichts Lenzburg vom 24. November 2022 aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

3.

Die Tochter C., geb. tt.mm. 2018, wird für die Dauer der Trennung unter die Obhut des Gesuchsgegners gestellt.

4.

Die Gesuchstellerin ist berechtigt, C. jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Montagmorgen zu sich auf Besuch zu nehmen und jährlich 14 Tage Ferien mit ihr zu verbringen.

1.2.

Es sei die Ziff. 5 des Dispositivs des Entscheids SF.2022.26 des Präsidiums des Familiengerichts Lenzburg vom 24. November 2022 aufzuheben und die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner einen angemessenen Kinderunterhaltsbeitrag für C. zu bezahlen.

Eine genaue Bezifferung nach Vorliegen des Beweisergebnisses bleibt vorbehalten.

2. Eventualanträge

2.1.

Eventualiter sei die Ziff. 4 des Dispositivs Entscheids SF.2022.26 des Präsidiums des Familiengerichts Lenzburg vom 24. November 2022 aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

4.

Der Gesuchgegner ist berechtigt, C. jedes Wochenende von Freitag bis Montag zu sich auf Besuch zu nehmen und jährlich 14 Tage Ferien mit ihr zu verbringen.

Der Gesuchgegner holt C. jeweils am Freitagabend (ab Kindertageeintritt im Sommer 2023: am Freitagmittag) von der Kita bzw. aus dem Kindergarten ab und bringt sie am Montagmorgen wieder in die Kita bzw. in den Kindergarten.

Ein weitergehendes Besuchs- und Ferienrecht nach Absprache unter den Parteien bleibt vorbehalten.

2.2.

Eventualiter sei Ziff. 5 des Dispositivs Entscheids SF.2022.26 des Präsidiums des Familiengerichts Lenzburg vom 24. November 2022 aufzuheben und der Gesuchgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen angemessenen Kinderunterhalt für die Tochter C. zu bezahlen.

Eine genauere Bezifferung nach Vorliegen des Beweisergebnisses bleibt vorbehalten.

3. Subeventualantrag

Subeventualiter sei Ziff. 5 des Dispositivs Entscheids SF.2022.26 des Präsidiums des Familiengerichts Lenzburg vom 24. November 2022 aufzuheben und der Gesuchgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen angemessenen Kinderunterhalt für die Tochter C. zu bezahlen.

Eine genauere Bezifferung nach Vorliegen des Beweisergebnisses bleibt vorbehalten.

4.

Es sei für die Tochter C. eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB zu errichten.

5.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Der Beklagte beantragte ausserdem die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

2.2.

Mir Berufungsantwort vom 20. April 2023 stellte die Klägerin folgende Anträge:

" 1.

Es sei für die gemeinsame Tochter C., geb. tt.mm.2018 eine Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB, zu errichten und der/die Beistand/Beiständin mit der Überwachung des Besuchsrechts, der Verbesserung der Kommunikation, der Vermittlung zwischen den Eltern bei Unstimmigkeiten sowie dem Zurverfügungstehen als Ansprechperson für alle Beteiligten in Bezug auf den persönlichen Verkehr zu beauftragen.

2.

Die Berufung des Beklagten sei im Übrigen vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

3.

3.1.

Der Beklagte sei aufgrund seiner ehelichen Beistandspflicht zu verpflichten, der Klägerin einen angemessenen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von CHF 5'000.00 zu bezahlen.

3.2.

Eventualiter sei der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und die unterzeichnende Rechtsanwältin sei als unentgeltliche Rechtsvertreterin einzusetzen.

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Beklagten."

2.3.

Mit Eingabe vom 25. April 2023 reichte die Klägerin zwei zusätzliche Beilagen ein.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Gegen den angefochtenen Entscheid ist als Rechtsmittel die Berufung gegeben (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit Berufung können beim Obergericht als Rechtsmittelinstanz (§ 10 lit. c EG ZPO) die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO); sie hat Rechtsmittelanträge zu enthalten, was sich aus der Begründungspflicht ergibt (REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016 [ZPO-Komm.], N. 34 zu Art. 311 ZPO mit div. Hinweisen). Geht es um eine auf eine Geldleistung gerichtete Forderung, so ist eine Bezifferung erforderlich; dies gilt auch im Anwendungsbereich der Offizialmaxime (BGE 137 III 617 E. 4.3. und E. 4.5.; REETZ/THEILER, ZPO-Komm., a.a.O., N. 34 zu Art. 311 ZPO mit div. Hinweisen). Werden die Anforderungen an die Rechtsmittelanträge nicht eingehalten, so fehlt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung der Berufung und diese ist durch Nichteintreten zu erledigen (Reetz/Theiler, a.a.O., N. 35 zu Art. 311 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, ZPO-Komm., a.a.O., N. 36 zu Art. 311 ZPO). Mit blossen Wiederholungen der eigenen Vorbringen vor erster Instanz, die von dieser bereits abgehandelt wurden, wird dem Begründungserfordernis nicht Genüge getan (HUNGERBÜHLER/BUCHER, in: DIKE-Kommentar ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N. 27 ff. zu Art. 311 ZPO). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw.

Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen. Die Rechtsmittelinstanz ist sodann nicht gehalten, von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Das Obergericht beschränkt sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und der Antwort auf diese gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Tatsachen sind dabei in der Rechtsschrift selber darzulegen; eine blosser Verweisung auf die Beilagen reicht in aller Regel nicht (Urteil des Bundesgerichts 4A_281/2017 E. 5). 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 E. 2.2), gilt bei Kinderbelangen nicht (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Im Bereich der Kinderbelange gilt die Erforschungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO) und der Richter ist nicht an die Parteianträge gebunden (Offizialmaxime, Art. 296 Abs. 3 ZPO). Die Untersuchungs- resp. Erforschungsmaxime befreien die Parteien sodann weder von ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast noch von ihrer Mitwirkungspflicht, d.h. es liegt auch in diesem Fall an ihnen, die erforderlichen tatsächlichen Grundlagen für die geltend gemachten Ansprüche darzutun und die Beweise für die vorgebrachten Tatsachen vorzulegen resp. zu beantragen (BGE 140 III 485 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 5A_855/2017 E. 4.3.2, 5A_485/2012 E. 5). Verweigert eine Partei die Mitwirkung, kann sich dies zu ihrem Nachteil auswirken. Bleiben prozessrelevante Tatsachen beweislos, unterliegt diejenige Partei welche die Beweislast trägt (vgl. GEHRI, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar [BSK-ZPO], 3. Aufl., Basel 2017, N. 17 zu Art. 55 ZPO). Nach der Rechtsprechung genügt es im Eheschutzverfahren, die behaupteten Tatsachen glaubhaft zu machen (BGE 138 III 97 E. 3.4.2). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn für ihr Vorhandensein aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 142 II 49 E. 6.2).

2.

Der Beklagte verlangt mit seiner Berufung die Durchführung einer Verhandlung. Das Obergericht kann grundsätzlich ohne Verhandlung aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO). Da die Parteien vorliegend ausreichend Gelegenheit hatten, sich schriftlich zur Sache zu äussern, erscheint eine Verhandlung nicht notwendig. Der entsprechende Verfahrensantrag des Beklagten ist damit abzuweisen.

3.

3.1.

Beide Parteien beantragen die Zuweisung der Obhut über die 4-jährige Tochter an sich. Haben Parteien minderjährige Kinder, trifft das Gericht nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m Art. 176 Abs. 3 ZGB). Es überträgt einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Es kann sich auch auf eine Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile beschränken, wenn keine Aussicht besteht, dass sich die Eltern diesbezüglich einigen (Art. 298 Abs. 2 ZGB). Bei gemeinsamer elterlicher Sorge muss auf Begehren eines Elternteils oder des Kindes hin der mit dieser Frage befasste Richter prüfen, ob eine alternierende Obhut möglich und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist (Art. 298 Abs. 2ter ZGB; BGE 142 III 612 E. 4.2 mit Hinweis). Da im Berufungsverfahren von keiner der Parteien eine alternierende Obhut beantragt wird, muss vorliegend nicht geprüft werden, ob eine alternierende Obhut anzuordnen ist. Gilt es darüber zu entscheiden, welchem Elternteil die Obhut übertragen wird, hat das Wohl des Kindes nach der Rechtsprechung Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern (BGE 136 I 178 E. 5.3; BGE 117 II 353 E. 3). Deren Erziehungsfähigkeit ist als Erstes zu klären. Ist sie bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und bereit ist, sie persönlich zu betreuen (BGE 115 II 317 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 5A_28/2020 E. 3.1). Allerdings hat das Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung wiederholt auch festgehalten, dass die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, hauptsächlich dann eine Rolle spiele, wenn 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 sei von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen (Urteil des Bundesgerichts 5A_241/2018 E. 5.1; vgl. auch BGE 144 III 481 E. 4.6.3 und E. 4.7). Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung [Erziehungsfähigkeit und Möglichkeit der persönlichen Betreuung] ungefähr in gleicher Weise, kann die für eine harmonische Entfaltung notwendige Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Das Kriterium der zeitlichen Verfügbarkeit und damit die Möglichkeit der persönlichen Betreuung kann hinter das Kriterium der Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse zurücktreten, soweit die Eltern ungefähr gleiche erzieherische Fähigkeiten haben (Urteile des Bundesgerichts 5A_968/2016 E. 3.1; 5A_412/2015 E. 8.2; 5A_972/2013 Er 3; 5C.212/2005 E. 4.2 und 4.4.1). Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich weitere Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten und insbesondere die Beziehung

zum anderen Elternteil zuzulassen und aktiv zu fördern (sog. Bindungstoleranz; zum Begriff Urteil des Bundesgerichts 5A_138/2012 E. 3-5), oder die Forderung, dass die Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (Urteile des Bundesgerichts 5A_968/2016 E. 3.1; 5A_157/2012 E. 3.1; 5A_28/2020 E. 3).

3.2.

Die Vorinstanz stellte die gemeinsame Tochter unter die Obhut der Klägerin (Dispositiv-Ziffer 3). Sie prüfte vorab die Erziehungsfähigkeit der Parteien und erwog (angefochtener Entscheid E. 5.2.1), es sei davon auszugehen, dass C. eine Tagesstruktur habe und die Klägerin zuverlässig diesbezüglich ihre elterlichen Pflichten wahrnehme. Gemäss Bestätigung [...] vom 26. September 2022 werde die Klägerin als sehr kooperativ, verbindlich und pünktlich wahrgenommen. Für die vorgeworfenen Drohungen gegenüber der Nichte des Beklagten durch die Klägerin gebe es keine weiteren Indizien, ausser die Aussage der Nichte, die im eingereichten Arztbericht widergegeben worden sei. Ausser den Behauptungen des Beklagten gebe es somit keine Anhaltspunkte für eine etwaige Alkoholabhängigkeitserkrankung bzw. Überforderung der Klägerin. Daran vermöchten auch zwei Fotos von Alkoholflaschen – von welchen eine noch versiegelt sei – auf einer Wolldecke auf dem Balkon der Klägerin, die der Beklagte aufgefunden haben wolle, nichts zu ändern, nachdem diese gestellt wirkten und insbesondere auch der Blick in den dahinterliegenden Wohnraum auf keinen Fall auf einen Alkoholikerhaushalt schliessen lasse. Es beständen keine begründeten Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Klägerin und des Beklagten.

Die Kommunikationsfähigkeit zwischen den Parteien sei eingeschränkt. Die Klägerin habe gegenüber dem Beklagten strafrechtlich relevante Vorwürfe betreffend häusliche Gewalt und Drohung mit der Kindesentführung erhoben, weshalb der Beklagte sich in Untersuchungshaft habe begeben müssen. Zu einem späteren Zeitpunkt seien die Parteien zwar zunächst grundsätzlich fähig und gewillt gewesen, einen einvernehmlichen Konsens zu finden. Dadurch, dass der Beklagte aber nach einem notfallmässigen Spitaleintritt der Klägerin dieser die Tochter C. nicht zurückgebracht habe und er in der Folge mit superprovisorischer Verfügung vom 29. Juni 2022 verpflichtet worden sei, C. an die Klägerin zu übergeben, sei die Kooperation zwischen den Parteien stark eingeschränkt; nach diesem Vorfall sei der Kontakt zwischen den Parteien nahezu vollständig abgebrochen. Aufgrund der anhaltenden Feindseligkeiten zwischen den Parteien sei deshalb zu befürchten, dass C. in einem Szenario der alternierenden Obhut dem Konflikt in einer solchen Weise ausgesetzt würde, dass ihre Interessen nicht hinreichend gewahrt würden. Insgesamt sei glaubhaft dargelegt worden, dass die bisherige Aufteilung und Organisation der Betreuungsanteile überwiegend von der Klägerin wahrgenommen worden sei. Nach der Geburt habe die Klägerin die Tochter zu Hause betreut, während der Beklagte bis zu seinem Haftantritt einer Teilzeiterwerbstätigkeit nachgegangen sei.

Dies werde vom Beklagten nicht in Abrede gestellt. Die Aussage, dass der Beklagte die Tochter während der Zusammenlebens mehrheitlich betreut habe, werde dadurch relativiert, dass der Beklagte anlässlich der Parteibefragung ausführe, er habe zu Beginn noch keine Betreuungsaufgaben übernommen; er habe aber später für sie gekocht, habe ihr Geschichten erzählt und sie ab und zu gehütet, wenn die Klägerin weg gewesen sei. Dies erweise sich insofern als schlüssig, als der Beklagte im Gesuch um Genehmigung der Trennungsvereinbarung vom 13. April 2022 noch habe ausführen lassen, die Parteien hätten ein klassisches Rollenmodell gelebt. Die Parteien lebten seit dem 30. September 2021 getrennt, wobei die Tochter seitdem von der Klägerin betreut werde. Der Beklagte habe sich vom tt.mm. 2021 bis tt.mm. 2022 in Untersuchungshaft befunden. In dieser Zeit habe der Beklagte kaum Kontakt zur Tochter gehabt. Damit stehe fest, dass nach der Trennung die Hauptbetreuung durch die Klägerin übernommen worden sei. Die Tochter werde an drei Tagen bzw. während der Abwesenheiten der Klägerin in der Kita betreut. Der Beklagte sei demgegenüber seit 15. August 2022 in einem Vollzeitpensum erwerbstätig. Engste Bezugsperson für die Tochter sei vor diesem Hintergrund die Klägerin. Im Übrigen erscheine es auch nicht glaubhaft, dass der Beklagte in der Lage wäre, neben einem 100%-Arbeitspensum eine hälftige Kinderbetreuung zu übernehmen. Die Vorinstanz erwog abschliessend (angefochtener Entscheid E. 5.3) die Klägerin sei erziehungsfähig und die engste Bezugsperson der Tochter. Auch der Beklagte sei erziehungsfähig und bereit, die alleinige Obhut zu übernehmen. Der Beklagte verfüge über ein familiäres Netz in der Nähe seines jetzigen Wohnortes, welches ihn vermutlich in der Kinderbetreuung unterstützen würde. Indessen bleibe – auch im Hinblick auf das Arbeitspensum des Beklagten – unklar, wie er die Betreuung konkret sicherstellen und regeln würde, während die Tochter am Wohnort der Klägerin bereits in feste Strukturen (Kita, Spielgruppe, ab August 2023 Kindergarten) eingebunden sei, was für C. eine gewisse Stabilität darstelle. Die Tochter C. sei daher für die Dauer der Trennung unter die alleinige Obhut der Klägerin zu stellen.

3.3.

Der Beklagte bringt in seiner Berufung vor (Berufung Rz. 5 ff.), die Vorinstanz sei nach einer summarischen Prüfung der Beweismittel zum Schluss gekommen, die Klägerin habe glaubhaft gemacht, sie sei seit der Trennung die engste Bezugsperson der Tochter und dass der Beklagte nicht in der Lage sei, die (hälftige) Kinderbetreuung der Tochter zu übernehmen. Mit dieser voreiligen Feststellung habe die Vorinstanz Recht verletzt und dadurch den Sachverhalt unrichtig festgestellt.

Der Beklagte habe betont, dass ihm das Wohlbefinden seiner Tochter am wichtigsten sei. Die Vorinstanz habe auch die Erziehungsfähigkeit des Beklagten festgestellt und die Klägerin habe wiederholt Ausführungen dazu

gemacht, dass der Beklagte ein liebevoller Vater sei. Wie das Bundesgericht unlängst festgehalten habe, seien Eigen- und Fremdbetreuung gleichwertig, wobei davon auszugehen sei, dass die Eltern am besten wüssten, welche Lösung für ihr Kind die beste sei. Schon im erstinstanzlichen Verfahren sei dargelegt worden, dass der Beklagte in seinem unmittelbaren Umfeld auf über zwei Dutzend Verwandte zurückgreifen könne, davon zwei Brüder und zwei Nichten, welche sich mehr oder weniger regelmässig nicht nur an der Betreuung von C. beteiligen könnten, sondern ihr auch ein Aufwachsen im grossfamiliären Umkreis ermöglichen. Die Klägerin stehe im Gegenzug ohne familiäre Unterstützung da und sei in der Vergangenheit schon mehrfach darauf angewiesen gewesen, dass der Beklagte kurzfristig die Betreuung von C. übernommen habe, weil offensichtlich niemand aus dem angeblich vorhandenen Freundeskreis der Klägerin habe einspringen können oder wollen. Es sei stossend, wenn sich die Vorinstanz hinsichtlich Betreuung durch den Beklagten darauf beschränkt habe, sich von diesem ein konkretes Betreuungsmodell mit persönlicher Betreuung präsentieren zu lassen, ungeachtet der Tatsache, dass dieser nach seiner mehrmonatigen Inhaftierung erst wieder so richtig Fuss zu fassen versucht habe. Es sei stossend, aus einer Überforderung im Moment der Befragung zu schliessen, dass sich [der Beklagte] bei einer Zuteilung der Obhut [an ihn] nicht organisieren können würde, obschon er in der Vergangenheit mehrfach sogar kurzfristig dazu in der Lage gewesen sei. Angesichts seines Vollzeitpensums, welches er mit Blick auf die maximale Ausschöpfung seiner Leistungsfähigkeit im Zusammenhang mit drohenden Unterhaltsforderungen angetreten habe, würde sich der Beklagte bei absehbarer Zuteilung der Obhut entsprechend bemühen, die gleichwertige Fremdbetreuung von C. in der Familie oder bei einem externen Dienstleister sicherzustellen, um dann mindestens die Abende und Morgen mit ihr verbringen zu können. Die Vorinstanz habe eine entsprechende, tiefergehende Abklärung des Sachverhalts rechtswidrig unterlassen. Mit Blick auf den bevorstehenden Kindergarten Eintritt der Tochter im August 2023 sei sowieso eine Neukonzeption der Betreuung ab diesem Zeitpunkt erforderlich, womit die gemäss vorinstanzlicher Würdigung derzeit bestehenden "festen Strukturen" zumindest teilweise wieder aufzubrechen sein würden. Entsprechend sei nach sachgerechter, sauberer Abklärung des Sachverhalts der Antrag auf Umteilung der Obhut an den Beklagten gutzuheissen.

3.4.

Die Klägerin hält dem entgegen (Berufungsantwort S. 4 ff.), im Eheschutzverfahren, in welchem nur eine summarische Sachverhaltsabklärung stattfinde, verfüge ein Richter über grosses Ermessen und die Kinderbelange seien relativ rasch zu regeln. Der Beklagte führe selber aus, dass er die Kinderbetreuung, sollte ihm die Obhut zugeteilt werden, hauptsächlich nicht persönlich würde erbringen können, sondern auf die Betreuung durch seine Verwandten angewiesen sei. Dies gelte umso mehr, als der Beklagte sich unterdessen mit einem eigenen Gastrobetrieb in R. selbständig gemacht

habe. Dieser liege rund 20 Autofahrminuten von seiner Wohnung entfernt. Die Öffnungszeiten von Restaurants seien über Mittag und abends. Es sei davon auszugehen, dass der Beklagte die Tochter weder selber vom Kindergarten abholen, noch mit ihr zu Mittag essen, noch den Nachmittag mit ihr verbringen oder sie zu Bett bringen könne. Die Hauptbetreuungs- und Erziehungsaufgaben würden somit von Verwandten und keinesfalls vom Beklagten selbst übernommen werden. Wie der Beklagte die Betreuung seiner Tochter bis spät am Abend sicherstellen wolle, sei ebenfalls unklar. Es sei unglaublich, dass bis zu seiner Rückkehr stets ein Verwandter von ihm bei seiner Tochter in der Wohnung in S. bleiben würde, zumal seine Verwandten selbst jeweils drei bis vier Kinder hätten und einer eigenen Erwerbstätigkeit nachgingen.

3.5.

3.5.1.

Vor Obergericht wird die Feststellung der Vorinstanz, beide Parteien seien grundsätzlich erziehungsfähig (angefochtener Entscheid E. 5.2), nicht bestritten. Der Beklagte bestreitet vor Obergericht jedoch die Feststellung der Vorinstanz, dass die Klägerin bis anhin schon Hauptbetreuungs- und Bezugsperson für die Tochter gewesen sei und sie auch weiterhin die geeigneten Strukturen bieten könne, um ihr ein stabiles Umfeld zu gewährleisten. Soweit der Beklagte vorbringt, die Feststellung der Vorinstanz, dass die Klägerin seit der Trennung die engste Bezugsperson von C. sei und dass der Beklagte nicht in der Lage wäre, die (hälftige) Kinderbetreuung zu übernehmen, sei voreilig und die Vorinstanz habe damit Recht verletzt und den Sachverhalt unrichtig festgestellt, so ist festzuhalten, dass sich der Beklagte damit nicht ausreichend mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinandersetzt. Die Vorinstanz führte in E. 5 ihres Entscheides ausführlich und nachvollziehbar aus, wie sie zum Schluss gekommen ist, dass die Klägerin bis anhin Hauptbetreuungs- und Bezugsperson für die Tochter gewesen sei. Inwiefern diese Feststellung nicht korrekt oder "voreilig" sein soll, legt der Beklagte nicht näher dar. Sofern der Beklagte sodann ausführt, er habe betont, dass ihm das Wohlbefinden seiner Tochter am wichtigsten sei, so ist zu erwähnen, dass ihm das weder die Klägerin noch die Vorinstanz in Abrede stellen. Die Klägerin führte anlässlich der Parteibefragung während der Verhandlung vom 24. November 2022 selbst aus, dass sie nicht bestreite, dass der Beklagte seine Tochter sehr gerne habe (act. 83) und die Tochter eine gute Beziehung zu ihrem Vater habe. Der Beklagte sei ein liebevoller Vater und sie wolle den Kontakt zwischen Vater und Tochter nicht verhindern, selbst wenn sie selbst den Kontakt zum Beklagten vermeiden wolle (act. 86). Auch die Vorinstanz stellte fest, dass die Erziehungsfähigkeit beim Beklagten vorhanden sei.

3.5.2.

Neben der Erziehungsfähigkeit – die unbestritten bei beiden Parteien gegen ist – ist zu prüfen, welcher Elternteil die Möglichkeit hat und bereit ist,

das Kind persönlich zu betreuen, wobei dies hauptsächlich dann eine Rolle spielt, wenn spezifische Bedürfnisse des Kindes dies 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 grundsätzlich von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen (vgl. E. 3.1 hiervor).

Der Beklagte führt in seiner Berufung – wie bereits vor Vorinstanz – zwar aus, dass er in seinem unmittelbaren Umfeld auf über zwei Dutzend Verwandte zurückgreifen könne, jedoch legt er nicht näher dar, wie er die Betreuung seiner Tochter denn konkret organisieren und sicherstellen würde und ihr in gleicher Weise feste Strukturen und Fürsorge bieten könnte wie die Klägerin. Dagegen bestehen bei der Klägerin bereits heute feste Strukturen für C. (Spielgruppe, Kita, ab Sommer 2023 Kindergarten), die eine gewisse Stabilität bieten. Allein aus dem Umstand, dass die Klägerin in der Vergangenheit darauf angewiesen war, dass der Beklagte kurzfristig die Betreuung seiner Tochter übernahm, lässt sich nicht ableiten, dass die Klägerin nicht geeignet sei, die Betreuung der Tochter zu übernehmen. Bei einem notfallmässigen Spitaleintritt, wie dies im März 2023 der Fall war, ist es durchaus nachvollziehbar, auf den anderen Elternteil zurückzugreifen, um die Betreuung des gemeinsamen Kindes sicherzustellen. Ebenso ist aufgrund des Kindergarteneintritts von C. im August 2023 keine Neukonzeption der Betreuung notwendig. Der Kindergarteneintritt erweitert die bestehenden festen Strukturen von C. und diese sind nicht gänzlich neu zu organisieren. Das Kriterium der Stabilität und Kontinuität der Verhältnisse spricht somit für eine Obhutszuteilung an die Klägerin.

3.6.

Insgesamt kann somit festgestellt werden, dass der Beklagte nicht darlegt und auch keine Umstände glaubhaft gemacht sind, die darauf schliessen liessen, die Obhutszuteilung an die Klägerin entspreche nicht dem Kindeswohl. Aufgrund dieser Ausführungen ist der vorinstanzliche Entscheid betreffend Obhut nicht zu beanstanden und die gemeinsame Tochter ist unter die Obhut der Klägerin zu stellen. Die Berufung ist in diesem Punkt (Antrag Ziffer 1.1) abzuweisen.

3.7.

Auf die für den Fall eines vom vorinstanzlichen abweichenden Obhutsentscheids gestellten Berufungsanträge Ziffer 1.1 (betreffend Besuchsrecht der Klägerin) und 1.2 (Verpflichtung der Klägerin zur Leistung von Kindesunterhalt) ist somit nicht weiter einzugehen bzw. diese sind abzuweisen.

4.

4.1.

Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf

angemessenen persönlichen Verkehr. Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht, das in erster Linie dem Interesse des Kindes dient (BGE 122 III 404 E. 3a). Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist. In diesem Sinn hat der persönliche Verkehr den Zweck, die positive Entwicklung des Kindes zu gewährleisten und zu fördern. Hierbei sind die Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, da sie bei der Identitätsfindung des Kindes eine entscheidende Rolle spielen können (BGE 131 III 209 E. 5). In Betracht zu ziehen sind ferner das Alter des Kindes, die Persönlichkeit und Bedürfnisse des Kindes und des Besuchsberechtigten, die Beziehung des Kindes zum Besuchsberechtigten, die Beziehung der Eltern untereinander, die Wohnverhältnisse beim Besuchsberechtigten, die zeitliche Beanspruchung bzw. Verfügbarkeit aller Beteiligten sowie auch deren Gesundheitszustand (vgl. SCHWENZER/COTTIER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I [BSK-ZGB], 7. Aufl., Basel 2022, N. 10 zu Art. 273 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5A_290/2020 E. 2.3). Die Gerichte gehen im allgemeinen in ihrer am Kindeswohl ausgerichteten Praxis davon aus, ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende und ein Ferienrecht von zwei bis drei Wochen pro Jahr sei bei Kindern nach dem Kleinkindalter im Lichte des Kindeswohls angemessen und bilde im Hinblick auf spezielle Fälle (z.B. Alter des Kindes, Wohnsituation und Arbeitszeiten des nicht obhutsberechtigten Ehegatten, Gesundheitszustand des Kindes etc.) den Ausgangspunkt (vgl. SCHWENZER/COTTIER, a.a.O., N. 15 zu Art. 273 ZGB mit Hinweisen auf die Praxis). Das Gericht hat sich in erster Linie an den Bedürfnissen des Kindes zu orientieren; die Interessen der Eltern haben hinter dem vorrangig massgebenden Kindeswohl zurückzutreten (BGE 130 III 585 E. 2.1). Entsprechend setzt sich das Gericht dem Vorwurf der Willkür aus, wenn es einfach auf das "Gerichtsübliche" oder auf eine Praxis verweist, obwohl die Besonderheiten des Einzelfalles ins Auge springen (BGE 144 III 10 E. 7.2).

Das Holen und Bringen des Kindes gehört grundsätzlich zu den Pflichten des Besuchsberechtigten. Auch für die mit dem Besuchsrecht verbundenen Kosten muss grundsätzlich der Besuchsberechtigte aufkommen (BÜCHLER, in: FamKommentar Scheidung [FamKomm.], 4. Aufl., Bern 2022, N. 30 f. zu Art. 273 ZGB). Eine abweichende Kostenverteilung ist zulässig, wenn sie namentlich im Hinblick auf die finanzielle Lage der Eltern als billig erscheint und nicht mittelbar die Interessen des Kindes beeinträchtigt, indem die für den Unterhalt des Kindes notwendigen Mittel für die Kosten der Besuchsrechtsausübung verwendet werden (Urteile des Bundesgerichts 5A_288/2019 E. 5.5, 5A_292/2009 E. 2.3.1.3).

4.2.

Die Vorinstanz berechtigte den Beklagten, seine Tochter jedes zweite Wochenende von Freitag bis Montag zu sich auf Besuch zu nehmen und jährlich 14 Tage Ferien mit ihr zu verbringen.

4.3.

Der Beklagte beantragt eventualiter ein wöchentliches Besuchsrecht. Er sei zu berechtigen, C. jedes Wochenende von Freitagabend (ab Kindergarten-eintritt: ab Freitagmittag) bis Montagmorgen zu sich auf Besuch zu nehmen und jährlich 14 Tage Ferien mit ihr zu verbringen (Berufung Antrag 2.1). Er führt dazu aus (Berufung Rz. 12 ff.), die Vorinstanz habe ein gerichtsbliches Besuchs- und Ferienrecht für den Beklagten angeordnet. Obschon der Vorinstanz bekannt gewesen sei, dass C. ab August 2023 den Kindergarten besuche, habe sie jedoch in Missachtung der geltenden Verfahrensmaximen willkürlich die Feststellung und die Regelung des Sachverhaltes unterlassen. Aktuell verbringe C. ihre Fremdbetreuungstage jeweils von 07:00 Uhr bis 18:30 Uhr in der Kita. Mit Eintritt in den Kindergarten im August 2023 habe sie aber mit Blick auf den online einsehbaren Stundenplan im 1. Kindergarten am Freitagnachmittag frei, womit sich anbieten würde, dass dem Beklagten erlaubt werde, seine Tochter bereits am Freitagnachmittag abzuholen und so mehr Zeit mit ihr verbringen zu können. Um C. möglichst viel Zeit mit ihrem Vater zu ermöglichen, solle das Besuchsrecht sodann jedes Wochenende ausgeübt werden, anstatt nur jedes zweite Wochenende. Dies könne vom Beklagten ungeachtet seines Pensums bewerkstelligt werden. Eine Ausweitung des Besuchsrechts sei offensichtlich auch im Sinne des Kindeswohls. Das Wohlbefinden von C. sei dem Beklagten schliesslich, wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren ausgeführt worden sei, am wichtigsten.

4.4.

Die Klägerin hält dem entgegen (Berufungsantwort S. 16 f.), es treffe zu, dass die Tochter ab Sommer [2023] den Kindergarten besuchen werde. Es sei zudem zutreffend, dass im Entscheid die Übergabe der Tochter in der Kita festgelegt worden sei. Jedoch werde dies bereits jetzt von den Parteien nicht so gelebt. Bereits mehrfach hätten die Übergaben am Wohnort der Klägerin stattgefunden. In der voraussichtlich kurzen Zeitspanne von Kindergarten-eintritt bis Einreichung der Ehescheidung könne die Übergabe der Tochter ohne weiteres anderweitig erfolgen. Entgegen den Ausführungen des Beklagten ende die Betreuung in der Kita grundsätzlich um 14:00 Uhr. Anschliessend werde die Tochter von der Klägerin betreut. Wie bereits ausgeführt, sei das Kindeswohl auch bei der Festlegung des Besuchsrechts zu berücksichtigen. Es liege keinesfalls im Kindeswohl, dass die Tochter keine Wochenenden und damit keine kindergartenfreien Tage mit der Mutter verbringen könne. Hinzukomme, dass durch die langen Fahrwege eine Unruhe in den Alltag der Tochter gebracht werde. Die Tochter würde jeden Montagmorgen vor dem Kindergartenbeginn um 08:00 – 08:20 Uhr von S. nach Q. gebracht werden müssen. Mit dem zu erwarteten Stau auf dieser Strecke sei mit einer Reisezeit von 65 – 100 Minuten zu rechnen. C. würde jeden Montag um 05:45 aufstehen müssen, um rechtzeitig im Kindergarten zu sein. Dies sei aus Sicht des Kindeswohls keine geeignete Lösung. Es liege im Wohl der Tochter, dass sie dieser Unruhe und dem hin-

und herfahren nicht jede Woche ausgesetzt sei. Der Antrag des Beklagten auf eine Verlängerung des Besuchsrechts an jedem Wochenende sei abzuweisen.

4.5.

Die Wochenenden haben im familiären Zusammenleben eine zentrale Bedeutung. Es sollte daher grundsätzlich kein Elternteil von der Betreuung des Kindes an den Wochenenden kategorisch ausgeschlossen werden. Auch bei der alternierenden Obhut sind, unter Vorbehalt einer berufsbedingt abweichenden Regelung, die Betreuungsanteile folglich so festzulegen, dass grundsätzlich beide Eltern in vergleichbarem Ausmass Wochentage mit dem Kind verbringen können (Urteil des Bundesgerichts 5A_888/2016 E. 4.1). Weil die Klägerin bisher am Wochenende nicht arbeitet oder Kurse besucht, erscheint die von der Vorinstanz getroffene Regelung grundsätzlich angemessen. Weiter ist zu beachten, dass die Tochter ab August 2023 den Kindergarten in Q. besuchen wird. Wie die Klägerin korrekt ausführt ist auf der Strecke S. – Q. bereits ohne allfälligen Stau mit einer Fahrzeit von mind. einer Stunde zu rechnen (gemäss Abfrage Internetdienst Google maps). Dadurch müsste C. nach den Besuchswochenenden beim Beklagten montags spätestens um 06:00 Uhr aufstehen, wodurch der Schlafrhythmus von C. gestört und ein hoher Zeitdruck entstehen würde, um C. pünktlich in den Kindergarten zu bringen, was die Qualität der Besuche negativ beeinflussen kann. Dieser wechselnde Schlafrhythmus sowie der Zeitdruck kann C. nicht zugemutet werden. Folglich ist eine Ausdehnung auf ein wöchentliches Besuchsrecht abzulehnen. Es scheint hingegen angemessen, dass der Beklagte C. bereits am Sonntagabend um 18:00 Uhr zur Klägerin nach Q. zurückbringt. Hinsichtlich der Erweiterung der Betreuung ab Freitagmittag ist zu berücksichtigen, dass gemäss dem vom Beklagten eingereichten Stundenplan (Berufungsbeilage 2) der Kindergarten freitags jeweils um 12:00 Uhr endet und C. nachmittags durch die Kita betreut werden würde. Gründe dafür, weshalb der Kläger bis freitagabends warten sollte, um seine Tochter abzuholen, sind keine ersichtlich. Es rechtfertigt sich daher, dass der Kläger seine Tochter an seinen Betreuungswochenenden jeweils bereits am Freitagmittag aus dem Kindergarten abholen kann. Die Besuchszeit des Beklagten wird durch das frühere Zurückbringen am Sonntagabend nicht unverhältnismässig verkürzt, da seinen Interessen mit der früheren Abholung am Freitagmittag Rechnung getragen werden kann.

5.

5.1.

Der Beklagte beantragt weiter die Anpassung der Unterhaltsbeiträge (Berufung Rz. 14 ff.). Er führt aus, es seien die beim Beklagten anfallenden, jedoch bislang von der Vorinstanz unrechtmässigerweise unberücksichtigt gebliebenen Kosten bei der Bestimmung seines Bedarfs zu berücksichti-

gen. Aufgrund der erheblichen Distanz zwischen den Parteien fielen beachtliche Besuchsrechtskosten im Sinne von Benzinkosten an. Da die Bring- und Holschuld des Beklagten mit den unberechtigten Ängsten der Klägerin vor direktem Kontakt [mit dem Beklagten] zusammenhänge (weshalb er seine Tochter immer in der Kita holen und sie wieder in die Kita bringen müsse), erscheine es auch angesichts der knappen finanziellen Verhältnisse unerlässlich, dem Beklagten angemessene Besuchsrechtskosten in seinem Bedarf zuzugestehen. Immerhin fielen pro Fahrt knapp 100 Kilometer an.

5.2.

Die Klägerin hält entgegen (Berufungsantwort S. 17 f.), die Kosten im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts gingen stets zu Lasten des Besuchsberechtigten. Diese Hol- und Bringschuld habe somit nichts mit den Ängsten der Klägerin zu tun. Erneut sei darauf hinzuweisen, dass der Beklagte freiwillig aus der näheren Umgebung seiner Tochter weggezogen sei. Er habe um die Distanz zwischen den Wohnorten und damit um die entstehenden Kosten gewusst. Eine ausnahmsweise Berücksichtigung von Kosten für die Ausübung des Besuchsrechts liege im Ermessen des Gerichts, womit keine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung vorliege und keine zwingende Anpassung zu erfolgen habe. Die Berücksichtigung sei zudem gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung nur möglich, sofern dem Kind insgesamt die notwendigen Mittel für dessen Unterhalt erhalten bleibe. Aufgrund der vorliegenden Mankosituation seien die Voraussetzung der Berücksichtigung von Besuchskosten nicht erfüllt.

5.3.

Das Holen und Bringen des Kindes gehört grundsätzlich zu den Pflichten des Besuchsberechtigten. Auch für die mit dem Besuchsrecht verbundenen Kosten muss grundsätzlich der Besuchsberechtigte aufkommen (BÜCHLER, a.a.O., N. 30 f. zu Art. 273 ZGB). Eine abweichende Kostenverteilung ist jedoch zulässig, wenn sie namentlich im Hinblick auf die finanzielle Lage der Eltern als billig erscheint und nicht mittelbar die Interessen des Kindes beeinträchtigt, indem die für den Unterhalt des Kindes notwendigen Mittel für die Kosten der Besuchsrechtsausübung verwendet werden (Urteile des Bundesgerichts 5A_288/2019 E. 5.5; 5A_292/2009 E. 2.3.1.3). Entstehen durch den Wegzug der obhutsberechtigten Person mit dem Kind aufgrund der räumlichen Distanz erhebliche Kosten für die Wahrnehmung der Besuchskontakte, so sind sowohl die Hol- und Bringpflichten als auch die Reisekosten angemessen zu verteilen (BÜCHLER, FamKomm., a.a.O., N. 31 zu Art. 273 ZGB).

5.4.

Vorab ist festzuhalten, dass der Beklagte keine konkreten Ausführungen dazu macht, inwiefern der vorinstanzliche Entscheid zu korrigieren ist. Er

stellt keinen bezifferten Antrag und ein solcher ist auch nicht aus der Begründung zu entnehmen. Auch wenn bei Kinderbelangen die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und die Officialmaxime gelten, sind die Anträge zu beziffern (vgl. E. 1 hiavor). Insofern ist auf diesen Antrag nicht einzutreten.

Ohnehin wäre jedoch zu berücksichtigen, dass die Ausübung des Besuchsrechts durch den Beklagten selbst und nicht durch die obhutsberechtigte Klägerin erschwert wurde. Der Beklagte hätte sich bereits vor seinem Wegzug bewusst sein müssen, dass sein Wegzug höhere Kosten für die Ausübung seines Besuchsrechts verursachen würde. Vor diesem Hintergrund wäre eine Berücksichtigung der Kosten zur Ausübung des Besuchsrechts nicht möglich. Weiter wäre darauf hinzuweisen, dass die Kosten zur Ausübung des Besuchsrechts zum familienrechtlichen Existenzminimum gehören (BGE 147 III 265 E. 7.2) und vorliegend ein Mankofall besteht, in dem der gebührende Unterhalt der Tochter nicht gedeckt werden kann. Insofern könnten die Kosten für die Ausübung des Besuchsrechts des Beklagten auch vor diesem Hintergrund nicht berücksichtigt werden.

6.

6.1.

6.1.1.

Sowohl der Beklagte (Berufung Antrag 4) als auch die Klägerin (Berufungsantwort Antrag 1) verlangen, es sei eine Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB zu errichten. Die Klägerin verlangt zusätzlich, der/die Beistand/Beiständin sei mit der Überwachung des Besuchsrechts, der Verbesserung der Kommunikation, der Vermittlung zwischen den Eltern bei Unstimmigkeiten sowie dem Zurverfügungstehen als Ansprechperson für alle Beteiligten in Bezug auf den persönlichen Verkehr zu beauftragen.

6.1.2.

Der Beklagte führt dazu aus (Berufung Rz. 18 f.), die Vorinstanz habe missachtet, dass es ungeachtet der getroffenen gerichtlichen Regelung zu Konflikten im Zusammenhang mit der Besuchs- und Ferienrechtsausübung kommen könne. Konkret sei in keiner Weise geregelt, wie die Kommunikation und Übergabe im Zusammenhang mit den Ferien bewerkstelligt werden solle, solange die Klägerin keinen Kontakt mit dem Beklagten wolle. Hinsichtlich der unbestritten feststehenden Entwicklungsdefizite von C. sei auch absehbar, dass die Parteien die alters- und entwicklungsgerechte Förderung von C. besprechen werden müssten, welche spätestens auf den Kindergarten Eintritt hin zum Thema werde. Die weiterhin konfliktbehaftete Elternbeziehung werde das Kindeswohl höchstwahrscheinlich gefährden, weil bezüglich wichtiger Kinderbelange möglicherweise keine einvernehmlichen Abmachungen getroffen werden könnten. Entsprechend erscheine es unerlässlich, bereits jetzt eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und

2 ZGB zu errichten, ohne den konkreten Konfliktfall abzuwarten, wobei die Konkretisierung des Aufgabenkatalogs dem angerufenen Gericht überlassen werde.

6.1.3.

Die Klägerin führt aus (Berufungsantwort S. 19), es treffe zu, dass beide Parteien anlässlich der Verhandlung eine Errichtung einer Beistandschaft gefordert hätten. Sie erkläre sich mit dem Antrag des Beklagten auf Errichtung einer Beistandschaft explizit als einverstanden. Leider habe die Vergangenheit gezeigt, dass trotz aller Bemühungen der Klägerin ein konfliktloser Kontakt aktuell leider nicht möglich sei. Daher würde auch die Klägerin die Errichtung einer Beistandschaft begrüssen.

6.2.

Die Vorinstanz wies den Antrag der Parteien auf Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft ab mit der Begründung (angefochtener Entscheid E. 7), diese bezwecke, in Konfliktsituationen eine kindesgerechte Umsetzung des persönlichen Verkehrs zwischen Minderjährigen und deren Elternteil zu gewährleisten. Dadurch, dass der Beklagte C. von der Kita abhole bzw. sie nach dem Wochenende wieder in die Kita bringe, könne ein regelmässiges Aufeinandertreffen der Parteien vermieden werden. Eine Gefährdung des Kindeswohls sei nicht zu erkennen. Somit könne die kindesgerechte Umsetzung des persönlichen Verkehrs gewährleistet werden, ohne dass dazu die Errichtung einer Beistandschaft notwendig sei. Weil vorliegend lediglich die Übergaben und nicht der persönliche Verkehr an sich problematisch seien, sei auch ein begleitetes Besuchsrecht nicht angezeigt.

6.3.

Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die Kindesschutzbehörde die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes. Sie kann insbesondere die Eltern oder das Kind ermahnen, ihnen bestimmte Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung erteilen und eine geeignete Person oder Stelle bestimmen, der Einblick und Auskunft zu geben ist (Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB). Erfordern es die Verhältnisse, so ernennt die Kindesschutzbehörde dem Kind einen Beistand, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt. Sie kann dem Beistand besondere Befugnisse übertragen, namentlich die Überwachung des persönlichen Verkehrs (Art. 308 ZGB).

Die Kindesschutzmassnahmen werden von der Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes angeordnet (Art. 315 Abs. 1 ZGB). Hat das Gericht, das für die Ehescheidung oder den Schutz der ehelichen Gemeinschaft zuständig ist, die Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten, so trifft

es auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen und betraut die Kindesschutzbehörde mit dem Vollzug (Art. 315a Abs. 1 ZGB).

6.4.

Vorliegend wird von beiden Parteien übereinstimmen vorgebracht, dass es immer wieder Konflikte im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts gibt. Entsprechend ist die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen im obergerichtlichen Verfahren zu prüfen.

Grundsätzlich ist der Vorinstanz beizupflichten, wenn sie ausführt, ein Aufeinandertreffen der Parteien könne dadurch verhindert werden, dass der Beklagte seine Tochter jeweils aus der Kita abholt und sie wieder in die Kita zurückbringt. Für die Ausübung des Ferienrechts muss grundsätzlich keine andere Regelung getroffen werden, da davon ausgegangen werden kann, dass der Beklagte seine Tochter aus der Kita abholt und sie am Ende der Ferienzeit wieder in die Kita zurückbringen wird. Insofern kann auch bei der Ausübung des Ferienrechts ein direktes Aufeinandertreffen der Parteien und ein damit einhergehender Konflikt grundsätzlich verhindert werden. Weiter führt die Klägerin selbst aus (Berufungsantwort S. 16), dass die Übergabe der Tochter bereits mehrfach am Wohnort der Klägerin stattgefunden habe, was darauf schliessen lässt, dass die Parteien in der Lage sind, miteinander zu kommunizieren. Eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB drängt sich damit nicht auf und die Anträge sind abzuweisen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass, sollten künftig Schwierigkeiten oder Uneinigkeiten betreffend Kinderbelage oder der Ausübung des Besuchsrechts entstehen, beiden Parteien die Möglichkeit offensteht, jederzeit beim Bezirksgericht Lenzburg als Kindesschutzbehörde die Errichtung einer Beistandschaft für die gemeinsame Tochter zu beantragen.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beklagte kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte obsiegt zwar teilweise in Bezug auf das Besuchsrecht, jedoch ist das Obsiegen so geringfügig, dass es sich nicht rechtfertigt, der Klägerin Kosten aufzuerlegen. Die Entscheidegebühr ist auf Fr. 2'000.00 festzusetzen (§ 7 VKD) und wird mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet. Die Parteientschädigung der Klägerin ist ausgehend von einer Grundentschädigung für ein durchschnittliches Eheschutzverfahren von Fr. 3'350.00 (§ 3 Abs. 1 lit. b und d sowie Abs. 2 AnwT) unter Berücksichtigung eines Abzugs von 20 % für die entfallene Verhandlung und des Rechtsmittelabzugs von 25 % (§ 6 Abs. 2 und § 8 AnwT) sowie einer Auslagenpauschale von Fr. 100.00 und der Mehrwertsteuer auf (gerundet) Fr. 2'273.00 (= [Fr. 3'350.00 x 0.8 x 0.75 + Fr. 100.00] x 1.077) festzusetzen. Der Beklagte ist zu verpflichten diese Entschädigung an die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Klägerin zu bezahlen (BGE 5A_754/2013 E. 5; AGVE 2013 Nr. 77).

8.

8.1.

Auf das in der Berufungsantwort gestellte Prozesskostenvorschussbegehren der Klägerin ist nicht einzutreten. Zum einen handelt es sich dabei um einen unzulässigen Anschlussrechtsmittelantrag (Art. 314 Abs.2 ZPO), soweit damit eine Abänderung des vorinstanzlichen Entscheids zugunsten der Klägerin verlangt wird, zum anderen ist das Obergericht als Rechtsmittelinstanz für die Beurteilung dieses in die Zuständigkeit des erstinstanzlichen Eheschutz- bzw. Präliminargerichts fallenden erstmals gestellten Begehrens funktionell nicht zuständig.

8.2.

Der Antrag der Klägerin auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist hinsichtlich der Gerichtskosten, welche dem Beklagten auferlegt werden, infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. In Bezug auf die unentgeltliche Rechtsverteidigung ist das Gesuch gutzuheissen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_849/2008 E. 2.2.1 f.). Zwar ist der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege subsidiär zu einem Prozesskostenvorschuss. Angesichts der finanziellen Situation des Beklagten ist die Klägerin aber nicht darauf zu verweisen, beim Bezirksgericht ein Prozesskostenvorschussgesuch zu stellen.

Das Obergericht erkennt:

1.

In teilweiser Gutheissung der Berufung des Beklagten wird Dispositiv-Ziffer 4 des Entscheids des Bezirksgerichts Lenzburg vom 24. November 2022 aufgehoben und wie folgt geändert (*Änderungen kursiv*):

4.

Der Gesuchsgegner wird berechtigt, C. jedes zweite Wochenende von Freitag bis Montag zu sich auf Besuch zu nehmen und jährlich 14 Tage Ferien mit ihr zu verbringen.

Der Gesuchsgegner holt C. jeweils am Freitagabend von der Kita ab und bringt sie am Montagmorgen wieder in die Kita.

Ab Eintritt in den Kindergarten von C. im August 2023 wird der Gesuchsgegner berechtigt, C. jedes zweite Wochenende von Freitag bis Sonntag zu sich auf Besuch zu nehmen und jährlich 14 Tage Ferien mit ihr zu verbringen.

Der Gesuchsgegner holt C. jeweils am Freitagmittag vom Kindergarten ab und bringt sie am Sonntagabend um 18:00 Uhr zur Gesuchstellerin zurück.

Ein weitergehendes Besuchs- und Ferienrecht nach Absprache unter den Parteien bleibt vorbehalten.

2.

Im Übrigen wird Berufung des Beklagten abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

3.

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 2'000.00 wird dem Beklagten auferlegt.

4.

4.1.

Auf das Prozesskostenvorschussbegehren der Klägerin wird nicht eingetreten.

4.2.

Das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen, soweit es nicht zufolge Gegenstandslosigkeit (Gerichtskosten) abzuschreiben ist, und MLaw Larissa Willi, Rechtsanwältin, Baden, wird zu ihrer unentgeltlichen Rechtsvertreterin bestellt.

4.3.

Der Beklagte wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Klägerin ihre zweitinstanzlichen Parteikosten in der richterlich festgesetzten Höhe von Fr. 2'273.00 (inkl. Auslagen und MwSt.) 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).

Rechtsmittelbelehrung für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden, soweit keine Beschwerde nach den Artikeln 72 - 89 BGG zulässig ist (Art. 44 Abs. 1, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1, Art. 113, Art. 117 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 verfassungsmässige Rechte (Art. 116 BGG) verletzt. 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). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Aarau, 5. Juni 2023

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 5. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Brunner

Donauer