

ZSU.2023.109
(SF.2022.17)
Art. 76

Entscheid vom 8. November 2023

Besetzung Oberrichter Brunner, Präsident
 Oberrichter Lindner
 Oberrichter Holliger
 Gerichtsschreiber Hess

Klägerin **A.**_____,
 [...]
 vertreten durch lic. iur. Esther Küng, Rechtsanwältin,
 Bahnhofstrasse 24, Postfach 155, 5401 Baden

Beklagter **B.**_____,
 [...]
 vertreten durch Dr. iur. Urs Oswald, Rechtsanwalt,
 Krähenbühlstrasse 31, Postfach, 5620 Bremgarten AG

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Eheschutz

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Mit Klage vom 11. August 2022 ersuchte die Klägerin das Gerichtspräsidium Q._____ um die Regelung des Getrenntlebens (u.a.) wie folgt:

" 2.

2.1

[...] C._____ [geb. tt.mm. 2004] sei unter die Obhut des Gesuchsgegners und D._____ [geb. tt.mm. 2009] unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.

2.2.

2.2.1. [Besuchs- und Ferienrecht betreffend C._____]

2.2.2.

Der Gesuchsgegner sei berechtigt zu erklären, [...] D._____ jedes zweite Wochenende, von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr, und wöchentlich an einem Abend (gemeinsames Nachtessen) zu sich auf Besuch zu nehmen. Überdies sei der Gesuchsgegner berechtigt zu erklären, fünf Wochen Ferien pro Jahr mit seiner Tochter zu verbringen.

[Besuchsbeistandschaft]

3.

3.1.

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, für [C._____] Unterhalt [...] aufzukommen.

3.2.

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin an [D._____ Unterhalt] ab 01.04.2022, monatlich [...] angemessene Unterhaltsbeiträge, mindestens aber CHF 1'730.00 pro Monat, zuzüglich [...] Familienzulagen, zu bezahlen.

Es sei festzuhalten, dass die Familienzulagen aktuell von der Gesuchstellerin bezogen werden.

[...]

Ausserordentliche Kosten [...].

4.

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin an ihren persönlichen Unterhalt monatlich [...] mindestens [...] zu bezahlen:

CHF 1'240.00	ab 01.04.2022 bis 14.11.2022 (Volljährigkeit C._____)
CHF 1'420.00	ab 15.11.2022 bis 31.12.2023 (Abschluss Weiterbildung)
CHF 2'050.00	ab 01.01.2024

Sofern das Gericht eine tiefere Kinderalimente zuspricht als von der Gesuchstellerin beantragt, werden die vorgenannten Anträge für einen persönlichen Unterhalt um den entsprechenden Differenzbetrag erhöht."

1.2.

Mit Klageantwort vom 2. September 2022 beantragte der Beklagte u.a.:

"2.

Die Obhut über [...] D. _____ [...] sei den Parteien je zur Hälfte, wöchentlich alternierend, zuzuweisen.

3.

3.1.

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die ordentlichen Unterhaltskosten für [...] C. _____ allein zu tragen.

3.2.

Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, die ordentlichen Unterhaltskosten für [...] D. _____, insbesondere die Krankenkassenprämien, Kommunikationskosten, Kosten für Kleideranschaffungen sowie Schulkosten, allein zu tragen."

1.3.

Mit Verfügung vom 28. September 2022 wurde (u.a.) die Anhörung von D. _____ durch eine Fachrichterin des Familiengerichts angeordnet.

1.4.

Mit Replik vom 10. November 2022 beantragte die Klägerin (u.a.):

"2.

2.1.

[...] D. _____ [...] sei unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.

2.2.

Der Gesuchsgegner sei berechtigt zu erklären, [...] D. _____ jedes zweite Wochenende, von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr, und wöchentlich an einem Abend (gemeinsames Nachtessen) zu sich auf Besuch zu nehmen. Überdies sei der Gesuchsgegner berechtigt zu erklären, fünf Wochen Ferien pro Jahr mit seiner Tochter zu verbringen.

[Besuchsbeistandschaft]

3.1.

Es sei festzustellen, dass der Gesuchsgegner im internen Verhältnis der Parteien für [C. _____] Unterhalt [...] aufkommt.

3.3.

Sollte der Unterhaltsbeitrag für [...] D. _____ vom Gericht [...] tiefer festgesetzt werden als in Ziffer 3.2. beantragt, so sei [...] der persönliche Unterhalt für die Gesuchstellerin gemäss Ziff. 4 nachfolgend im gleichen Umfang zu erhöhen."

1.5.

Am 21. November 2022 fand vor dem Gerichtspräsidium Q. _____ die Verhandlung mit Parteibefragung statt. Der Beklagte hielt in seiner Duplik an seinen Anträgen fest.

1.6.

Mit Brief vom 6. Dezember 2022 wurde D._____ zur Kinderanhörung am 12. Dezember 2022 vorgeladen. Mit Anruf vom 12. Dezember 2022 teilte die Klägerin dem Gericht mit, dass sich D._____ weigere, zur Kinderanhörung zu erscheinen. Mit Brief vom 6. Januar 2023 ersuchte das Gericht die Vertreterin der Klägerin, bei ihrer Klientin darauf hinzuwirken, dass D._____ Anhörung am neuen Termin stattfinden könne. Mit Brief vom 16. Januar 2023 wurde D._____ zur Kinderanhörung am 8. Februar 2023 vorgeladen. Am 6., 7. und 8. Februar 2023 fanden zahlreiche Telefongespräche zwischen den Parteien und der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Kinderanhörung vom 8. Februar 2023 statt. Mit Anruf vom 8. Februar 2023 teilte die Klägerin mit, dass D._____ nicht zur Anhörung erscheinen werde. Mit Brief vom 24. März 2023 teilte die Vorinstanz den Parteien mit, dass die Urteilsfällung ohne Kinderanhörung ergehe.

1.7.

Mit Entscheid vom 3. Mai 2023 erkannte das Bezirksgericht Q._____, Präsidium des Familiengerichts, u.a.:

"2.2.

[...] D._____ [...] wird [...] unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt.

2.3. [...]

3.

3.1.

Der Gesuchsgegner wird berechtigt und verpflichtet erklärt, [...] D._____ [...] auf eigene Kosten wie folgt zu sich oder mit sich auf Besuch bzw. in die Ferien zu nehmen:

- jeden Donnerstagabend von 18.00 Uhr bis 21.00 Uhr (Abendessen);
- jedes zweite Wochenende (gerade Kalenderwochen) von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr;
- während fünf Wochen Ferien pro Jahr, wobei bei Uneinigkeit der Gesuchstellerin in den geraden Jahren und dem Gesuchsgegner in den ungeraden Jahren das Wahlrecht zusteht.

3.2.

Ein weitergehendes oder anderslautendes Besuchs- und Ferienrecht nach Absprache zwischen den Parteien und unter Berücksichtigung des Kindeswohls bleibt vorbehalten.

4. [...]

5.

5.1.

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an [D._____] Unterhalt [...] monatlich [...] folgende Unterhaltsbeiträge (Barunterhalt) zu bezahlen (jeweils zuzüglich [...] [Kinder- und Ausbildungszulagen]):

CHF 1'280.00 ab 1. April 2022 bis 14. November 2022 (Phase 1)
CHF 1'280.00 ab 15. November 2022 (Phase 2)

5.2. [Unterhalt C. _____]

5.3. [kein Ehegattenunterhalt]

6. [ausserordentliche Kinderkosten]

7. [übrige Anträge]

8.

Die Entscheidgebühr in Höhe von CHF 8'000.00 wird den Parteien je zur Hälfte mit CHF 4'000.00 auferlegt. Der Anteil der Gesuchstellerin wird mit ihrem Kostenvorschuss in Höhe von CHF 1'500.00 verrechnet, sodass sie dem Gericht noch CHF 2'500.00 nachzuzahlen hat."

2.

2.1.

Gegen den ihm am 16. Mai 2023 zugestellten Entscheid erhob der Beklagte am 26. Mai 2023 fristgerecht Berufung mit dem Begehren, die Disp.-Ziff. 2.2, 3, 5.1 und 8 seien, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, aufzuheben und es sei wie folgt neu zu entscheiden:

"Ziff. 2.2.

Die Obhut über [D. _____] sei den Parteien je zur Hälfte, wöchentlich alternierend, zuzuweisen.

Ziff. 3.

Anstelle eines Besuchs- und Ferienrechts seien die Modalitäten der alternierenden Obhut wie folgt festzulegen: D. _____ wird jeweils wöchentlich alternierend von Vater und Mutter betreut. Der Wohnortswechsel wird jeweils an jedem Montag und nach Schulschluss vollzogen.

Ziff. 5.1.

Die Gesuchstellerin [...] sei zu verpflichten, die ordentlichen Unterhaltskosten für [D. _____], insbesondere die Krankenkassenprämien, Kommunikationskosten, Kosten für Kleideranschaffungen sowie Schulkosten und die Kosten des Unterhalts der Tochter während dem Aufenthalt der Tochter bei ihrer Mutter allein zu tragen.

Ziff. 8.

Die Entscheidgebühr sei auf CHF 3'000.00, richterliches Ermessen vorbehalten, herabzusetzen."

2.2.

Mit Berufungsantwort vom 13. Juli 2023 beantragte die Klägerin, ausser bezüglich Begehren Ziff. 8, die kostenfällige Abweisung der Berufung. Falls die Kinderalimente reduziert würden, sei der Ehegattenunterhalt in der Höhe des Differenzbetrages zu erhöhen.

2.3.

In der Folge machten die Parteien weitere Eingaben (Klägerin: 18. Juli, 14. August, 5. September 2023; Beklagter: 28. Juli, 22. August 2023).

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Gegen den angefochtenen Entscheid ist als Rechtsmittel die Berufung gegeben (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO), mit welcher beim Obergericht (§ 10 lit. c EG ZPO) die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden können (Art. 310 ZPO). Das Obergericht kann bei rechtsfehlerhafter Ermessensausübung eingreifen (REETZ/THEILER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO-Komm.], 3. Aufl., Zürich 2016, N. 34 f. zu Art. 310 ZPO). In der Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) hat sich der Berufungskläger mit der Begründung im erstinstanzlichen Entscheid im Einzelnen und sachbezogen auseinander zu setzen (REETZ/THEILER, a.a.O., N. 36 zu Art. 311 ZPO; vgl. auch BGE 147 III 179 Erw. 4.2.1). 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. Ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (vgl. BGE 142 III 417 Erw. 2.2.4). Im Übrigen gilt die Einschränkung, dass im Berufungsverfahren das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel nur im Rahmen von Art. 317 Abs. 1 ZPO möglich ist (BGE 138 III 625 Erw. 2.2), bei den der Erforschungs- und der Officialmaxime unterliegenden Kinderbelangen (Art. 296 ZPO) nicht (BGE 144 III 349 Erw. 4.2.1). Die Untersuchungs- resp. Erforschungsmaxime befreien die Parteien 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 Erw. 3.3). Bleiben prozessrelevante Tatsachen beweislos, unterliegt diejenige Partei welche die Beweislast trägt (GEHRI, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2017, N. 17 zu Art. 55 ZPO). Im summarischen Eheschutzverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (BGE 5A_297/2016 Erw. 2.2), was mehr als Behaupten bedeutet (BGE 120 II 398).

2.

2.1.

Die *Vorinstanz* (Urteil, Erw. 4.3.2) unterstellte D._____ der Obhut der Klägerin und verwarf die vom Beklagten beantragte alternierende Obhut mit wöchentlich wechselnder Betreuung. Die bei beiden Eltern vorhandene "Erziehungsfähigkeit" sowie die "zeitliche Verfügbarkeit" und der Umstand, dass beide in R._____ wohnten, würden eher für eine alternierende Obhut sprechen. Die Kriterien "Beziehungen zu den Geschwistern" und "Einbettung in ein weiteres soziales Umfeld" wirkten sich neutral aus. Die

"fehlende bzw. eingeschränkte Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern" sowie das Kriterium der "Stabilität und Kontinuität der familiären Verhältnisse und der Betreuungssituation" würden klar gegen eine alternierende Obhut bzw. klar für die Zuteilung der Obhut an die Klägerin sprechen. Da dem Kriterium der Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern bei schulpflichtigen Kindern wie D._____ besondere Beachtung beizumessen sei und weil mit Blick auf D._____ konkreten Bedürfnisse eine stabile und kontinuierliche Betreuungssituation zentral erscheine, sei die Obhut der Klägerin zuzuteilen.

2.2.

2.2.1.

Der *Beklagte* beharrt auf einer alternierenden Obhut mit wöchentlichem Betreuungswechsel. Das "gewichtige" Kriterium der "Beziehungen unter den Geschwistern" spreche "ganz klar" für die alternierende Obhut. Weiter genüge, wenn die Eltern für eine ausreichende Kooperation und Kommunikation auf die Vermittlung einer Drittperson oder Hilfsmittel angewiesen seien. Zwischenzeitlich hätten sich die Wogen weitestgehend gelegt. Die Parteien würden von einem Sozialarbeiter der Jugend- und Familienberatungsstelle des Bezirks Q._____ unterstützt. Hinzu komme, dass sie Informationen über elektronische Hilfsmittel austauschten. Am 25. Mai 2023 habe eine Besprechung mit dem Sozialarbeiter stattgefunden; dabei hätten sich die Parteien über verschiedene Fragen "in gutem Eilvernehmen" einigen können. D._____ werde von der Klägerin massiv unter Druck gesetzt und habe deshalb eine Kinderanhörung verweigert (Berufung, S. 6 ff.).

2.2.2.

Die *Klägerin* wendete in ihrer Berufungsantwort im Wesentlichen ein, C._____ arbeite ab 1. August 2023 Schicht (E._____). Seine Freizeitgestaltung unterscheide sich komplett von D._____. Er komme oft nur zum Schlafen nach Hause. Die Geschwister benötigten sich im Alltag nicht mehr, das Zusammenwohnen sei für den weiteren Beziehungsaufbau bzw. zur Verhinderung eines Beziehungsabbaus nicht notwendig. Einigungen unter den Parteien seien nur möglich, wenn es nach den Vorstellungen des Beklagten gehe. An der letzten Besprechung bei der Jugend- und Familienberatung habe sich der Beklagte drohend vor ihr aufgebaut, so dass Herr F._____ (Sozialarbeiter) habe eingreifen müssen. So sei sie nicht bereit, freiwillige Gespräche fortzuführen. Geplant sei, dass der Beklagte mit D._____ Sommerferien verbringe. Zur Vermeidung eines Fiaskos hätten die Parteien versucht, D._____ mit zusätzlichen Aufenthalten beim Beklagten langsam an diese Ferien heranzuführen. D._____ halte aber an der bisherigen Regelung fest; sie möchte nicht hin und her pendeln. D._____ habe ihr am Tag nach dem Ausschluss der Klägerin aus der ehelichen Wohnung erklärt, sie wolle bei ihr wohnen. Die Behauptung, sie habe ihr bis Februar 2023 verboten, mit dem Beklagten näheren Kontakt zu pflegen, sei erstunken und erlogen.

2.2.3.

Mit Eingabe vom 18. Juli 2023 reichte die *Klägerin* den E-Mail-Verkehr mit F._____, JFEB R._____, ein. Die E-Mails belegten, dass keine tragfähige Kommunikation bestehe. Herr F._____ habe das Verhalten des Beklagten als "äusserst bedrohlich" bezeichnet und festgehalten, dass er im Moment keine weiteren Gespräche führen wolle. Der Beklagte habe Herrn F._____ kontaktiert, um mit den Parteien eine Art Familienmediation zu machen. Der Beklagte habe ihr aber ständig Vorwürfe gemacht, wenn es nicht seinen Vorstellungen entsprechend gelaufen sei; der "Mediator" habe wiederholt eingreifen müssen. Am 10. Mai 2023 habe Herr F._____ ein Gespräch mit D._____ gehabt, in welchem er eine 50/50-Betreuung vorgeschlagen habe. Nach dem Gespräch habe sich D._____ in einem desolaten Zustand befunden. Mit dem Beklagten sei eine Kommunikation auf Augenhöhe nicht möglich; es arte aus, wenn er nicht bekomme, was er wolle.

2.2.4.

Mit Eingabe vom 28. Juli 2023 liess der *Beklagte* durch seinen Rechtsvertreter ein von ihm persönlich verfasstes Schreiben einreichen. Darin führt er im Wesentlichen aus: Anfangs habe die Klägerin versucht, D._____ von ihm zu entfremden. Aktuell fänden noch Beeinflussungsversuche statt. Ab dem 10. Mai 2023 habe man auf Empfehlung des Familienbegleiters mit der Umsetzung einer alternierenden Obhut begonnen. Die letzten Monate "mit der alternierenden Obhut" hätten gezeigt, dass für D._____ Ruhe und Stabilität einkehre. Die gemeinsame Zeit mit ihm zeige eine positive Wirkung auf D._____ und fördere ihr Wohlbefinden. Die Klägerin habe sich dann geweigert, die alternierende Obhut weiterzuführen. Die "notwendige Kommunikation" funktioniere gut. Herr F._____ wolle keine weiteren Termine abmachen, weil die Klägerin betreffend Obhut "nicht kooperiere". Er habe ihr nicht gedroht (das habe nur so gewirkt), er sei bloss sehr emotional gewesen. Es tue ihm leid; aber sie habe ihn wohl aus prozesstaktischen Gründen provoziert. D._____ habe ihm gesagt, dass sie bei beiden Eltern sein möchte. C._____ sei bei Schichtarbeit tagsüber mehr als früher zuhause und könne Zeit mit D._____ verbringen. Mit einem Besuchsrecht werde D._____ der Zugang zu ihrem samstags arbeitenden Grossvater verwehrt. Der Beklagte unterstellt in der von seinem Rechtsvertreter verfassten Eingabe der Klägerin, sie habe D._____ von einer Anhörung abgehalten resp. ihr die Teilnahme verboten.

2.2.5.

Mit Eingabe vom 14. August 2023 äusserte sich die *Klägerin* im Wesentlichen wie folgt: Der Beklagte setze D._____ massiv unter Druck und übergehe ihre Wünsche: D._____ habe mit dem Beklagten, seiner Freundin und deren zwei Kinder eine Woche auf einem Campingplatz in S._____ verbracht. Sie habe eine Freundin mitgenommen, die aber nach der ersten Nacht wieder nach Hause gehen wollte. D._____ habe ebenfalls nach

Hause gehen wollen, was der Beklagte nicht zugelassen habe. Sie hätte noch eine Woche länger beim Beklagten zuhause Ferien verbringen sollen. D._____ habe ihm mehrmals gesagt, dass sie nach Hause wolle. Erst als die Situation komplett zu eskalieren gedroht habe, habe der Beklagte D._____ nach Hause gebracht. Sie habe eine Nacht bei ihr übernachten dürfen; am anderen Tag habe sie der Beklagte erneut abgeholt. Mit Kindeswohl habe eine solche Zwangsausübung nichts zu tun. Der Beklagte sende auch Herrn F._____ regelmässig E-Mails, obwohl dieser mit E-Mail vom 13. Juli 2023 mitgeteilt habe, dass er vorläufig nicht mehr zur Verfügung stehe.

2.2.6.

In einer weitem von ihm persönlich verfassten Eingabe vom 22. August 2023 beharrt der *Beklagte* auf 17 Seiten und unter Beilage diverser E-Mails darauf, dass a) mit der Klägerin die Kommunikation "in Bezug auf das Wohl des Kindes sehr wohl funktioniert", die Klägerin b) Michelle instrumentaliere, c) wieder damit beginne, D._____ von ihm zu entfremden, d) D._____ noch tiefer in den Loyalitätskonflikt reintreiben wolle, und e) versuche, die alleinige Obhut, die völlig gegen das Kindeswohl verstosse, zu "erschwindeln". Die Klägerin habe die weitere Kooperation mit Herrn F._____ verweigert. D._____ habe ihm gesagt, dass sie bei ihm sein möchte und dass "eine Woche" kein Problem wäre. Mehrere Seiten der Eingabe beschlagen sodann seine Sicht der Dinge betreffend die Sommerferien (die Klägerin habe D._____ im Vorfeld angeboten, Ferien mit ihr in T._____ zu verbringen). Er übergehe den Kindeswillen nicht. Die Klägerin verweigere ihm und seinem Umfeld den Kontakt mit D._____. Sie weiche "keinesfalls" vom Gerichtsentscheid "betreffend Besuchsrecht" ab.

2.2.7.

Am 5. September 2023 erstattete die *Klägerin* eine weitere Eingabe. Der Beklagte könne es nicht lassen, die Kinder gegen sie aufzuhetzen. Er habe C._____ im August und September 2023 angehalten, ihr Fr. 500.00 als Unterhalt zu überweisen. Die aufgrund ihrer Rücküberweisungen fehlenden Fr. 1'000.00 habe der Beklagte ihr bis heute nicht bezahlt. Es sei angebracht, dass C._____ dem Beklagten als Wohnbeitrag Fr. 500.00 gebe. Wieso hingegen C._____ einen Beitrag an die vom Beklagten geschuldeten Kinderalimente für D._____ leisten soll, wisse wohl nur der Beklagte selbst.

2.3.

Die Obhut nach Art. 298 Abs. 2 ZGB umfasst die Befugnis zur täglichen Betreuung des minderjährigen Kindes und damit das Recht, mit ihm in häuslicher Gemeinschaft zu leben und die Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit seiner Pflege und laufenden Erziehung auszuüben (SCHWENZER/COTTIER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022, N. 4 zu Art. 298 ZGB; BGE 142 II 612 Erw. 4.1). Leitprinzip ist dabei

das Kindeswohl; die Interessen und Wünsche der Eltern (für oder gegen eine alternierende Obhut) haben in den Hintergrund zu treten (BGE 5A_488/2021 Erw. 3.4, 5A_794/2017 Erw. 3.1). Anders als dies bei der gemeinsamen elterlichen Sorge der Fall ist (Art. 296 Abs. 2, 298 Abs. 1, 298b Abs. 2 ZGB), handelt es sich bei der alternierenden Obhut *nicht* um den vom Gesetz vorgegebenen Regelfall (vgl. BGE 5A_800/2022 Erw. 5.4.2). Vielmehr verpflichtet das Gesetz das Gericht bloss dazu, die Möglichkeit dieser Form der Betreuung zu prüfen, wenn - wie vorliegend - ein Elternteil oder das Kind dies verlangt (Art. 298 Abs. 2^{ter} ZGB). Das Bundesgericht hat sich in seiner jüngeren Praxis eingehend mit der Frage befasst, nach welchen Kriterien zu entscheiden ist, ob die alternierende Obhut angeordnet werden kann (BGE 142 III 617 Erw. 3.2.3, 142 III 612 Erw. 4). Danach kommt die alternierende Obhut grundsätzlich nur in Frage, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. Weiter erfordert die alternierende Obhut organisatorische Massnahmen und gegenseitige Information. Insofern setzt die praktische Umsetzung der alternierenden Obhut bzw. Betreuung voraus, dass die Eltern fähig und bereit sind, in den Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren. Allein aus dem Umstand, dass ein Elternteil sich einer Regelung mit geteilter Betreuung widersetzt, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, die nötige Kooperation sei nicht gewährleistet. Weiter kommt es auf die geografische Situation an, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern. Bedeutsam ist auch die Kindeswohlwirksamkeit der Stabilität, wie sie mit einer Weiterführung der bisherigen Regelung einhergeht. In diesem Sinne ist eine alternierende Obhut umso eher angezeigt, wenn die Eltern das Kind schon vor ihrer Trennung abwechselnd betreut haben. Andere Kriterien sind das Alter des Kindes, seine Beziehungen zu (tatsächlichen oder faktischen) Geschwistern und seine Einbettung in das weitere soziale Umfeld. Die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, spielt hauptsächlich dann eine Rolle, wenn spezifische Bedürfnisse des Kindes eine persönliche Betreuung notwendig erscheinen lassen oder wenn ein Elternteil selbst in den Randzeiten (morgens, abends und an den Wochenenden) nicht bzw. kaum zur Verfügung steht; ansonsten ist von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen. Die weiteren Beurteilungskriterien sind oft voneinander abhängig; ihre jeweilige Bedeutsamkeit richtet sich nach den konkreten Umständen. Geht es um Jugendliche, kommt der Zugehörigkeit zu einem sozialen Umfeld grosse Bedeutung zu. Die Kooperationsfähigkeit der Eltern wiederum verdient besondere Beachtung, wenn das Kind schulpflichtig ist oder die Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern ein Mehr an Organisation erfordert (BGE 5A_312/2019 Erw. 2.1.2). Alleine die Tatsache, dass die Eltern zur gemeinsamen Entscheidungsfindung über die Kinderbelange auf die Vermittlung einer Drittperson angewiesen sind, steht einer alternierenden Obhut nicht entgegen (BGE 5A_629/2019 Erw. 4.2, 5A_67/2021 Erw. 3.3.4). Bei der Ausgestaltung der Obhut ist auch der Wunsch des Kindes angemessen zu beachten (BÜCHLER/CLAUSEN, in: FamKommentar Scheidung, 4. Aufl.,

Bern 2022, N. 9j zu Art. 298 ZGB; BGE 5A_224/2022 Erw. 3.1, 5A_222/2021 Erw. 3.1.1).

2.4.

2.4.1.

Vorliegend spricht keine der Parteien der anderen die Erziehungsfähigkeit als Grundvoraussetzung für eine alternierende Obhut grundsätzlich ab. Es steht auch ausser Frage, dass die zeitliche Verfügbarkeit der Parteien und die geographischen Begebenheiten (beide Parteien wohnen in R._____) nicht gegen eine alternierende Obhut sprechen. Die Vorinstanz hat im Weiteren zutreffend festgestellt, dass aufgrund desselben Wohnortes D._____ soziales Umfeld sowohl bei der alternierenden als auch bei einer alleinigen Obhut erhalten bleibt. Dagegen vermag der Beklagte mit seiner (ohnehin unbelegten) Behauptung, ohne alternierende Obhut sei der Kontakt zum Grossvater väterlicherseits nicht mehr gewährleistet, nicht anzukommen. Bezüglich D._____ Obhut drängt sich auch keine mit der Wohnsituation ihres volljährigen Bruders C._____ synchronisierte Regelung auf. Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass zwischen der noch schulpflichtigen D._____ und ihrem volljährigen Bruder ein doch erheblicher Altersunterschied besteht, so dass - was ohne weiteres als plausibel erscheint - von unterschiedlichen Bedürfnissen und verschiedenen emotionalen Bindungen und Wünschen auszugehen sei. Daran ändert auch nichts, dass C._____ heute angeblich zufolge Schichtarbeit tagsüber (theoretisch) mehr Zeit mit D._____ verbringen könnte als früher.

2.4.2.

Betreffend "*Stabilität und Kontinuität der familiären Verhältnisse und der Betreuungssituation*" führte die Vorinstanz aus: D._____ wohne seit der Trennung der Eltern bei der Mutter und habe seit Ende März 2022 nicht mehr beim Beklagten übernachtet und ihn auch an den Wochenenden nicht zu Hause besucht. Laut Klägerin sei D._____ ein Kind, welches sich mit Veränderungen schwertue (schulische Übertritte; Lehrerwechsel), was glaubhaft erscheine. Bei der pubertierenden D._____ bestehe ein Bedürfnis nach Ruhe und Stabilität, insb. auch hinsichtlich der Wohn- und Betreuungssituation. Dieses Bedürfnis spreche gegen wöchentliche Betreuungswechsel. Es sei davon auszugehen, dass solche für D._____ mit zusätzlicher Verunsicherung, zusätzlichem Stress und zusätzlicher Belastung verbunden wären. Die aktuelle Situation sei im Sinne der Stabilität der Wohn- und Betreuungssituation von D._____ und des Kindeswohls gegenüber einer alternierenden Obhut zu bevorzugen.

Inzwischen wohnt D._____ bereits seit über einem Jahr unstrittig (zur Hauptsache) bei der Klägerin. Anhaltspunkte dafür, dass es ihr dort nicht gefallen würde, ihr wohlverstandenes Kindeswohl in irgendeiner Art und Weise gefährdet wäre oder dass D._____ das Bedürfnis nach einer Änderung der Situation resp. nach häufigeren Aufenthalten beim Beklagten

hätte, sind nicht ersichtlich und dies wird auch vom Beklagten nicht substantiiert geltend gemacht. Die Ausführungen der Klägerin, wonach sich D._____ mit Veränderungen schwertue und dass bei D._____ ein Bedürfnis insbesondere hinsichtlich der Wohn- und Betreuungssituation bestehe, blieben in der Berufung grundsätzlich unwidersprochen. Der Beklagte stellte darin auch die diesbezügliche Schlussfolgerung der Vorinstanz - häufige Wechsel wären für D._____ mit zusätzlicher Verunsicherung, zusätzlichem Stress und zusätzlicher Belastung verbunden - nicht substantiiert in Abrede (Erw. 2.2.1 oben). Auch in seinen weiteren Eingaben (Erw. 2.2.4 und 2.2.6 oben) vermochte der Beklagte keine Neuerungen vorzubringen, aufgrund welcher das Kriterium der "Stabilität und Kontinuität" abweichend zur Vorinstanz zu beurteilen wäre. Soweit der Beklagte vorbringt, die letzten Monate "mit der alternierenden Obhut" hätten gezeigt, dass für D._____ Ruhe und Stabilität einkehre und dass die gemeinsame Zeit mit ihm eine positive Wirkung auf D._____ zeige und ihr Wohlbefinden fördere, erschöpft sich dies in einer nicht verifizierbaren und von der Klägerin bestrittenen Behauptung.

2.4.3.

Die *"fehlende bzw. eingeschränkte Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit"* begründete die *Vorinstanz* wie folgt: Laut dem Beklagten sei die Kommunikation "unmöglich" bzw. verweigere diese die Klägerin "grundlegend". Aus den Akten ergäben sich zahlreiche illustrierende Beispiele. Die Episode mit dem auf das Handy der Klägerin verschickten Code von D._____ Krankenkasse zeige, dass die Parteien nicht willens bzw. nicht in der Lage seien, bezüglich einfachster gegenseitiger Absprachen miteinander zu kooperieren und dass in der Kommunikation erhebliche Defizite vorlägen. Die Akten zeigten auch in Kinderbelangen ein Defizit: Der Beklagte habe geltend gemacht, dass er in schulischer und schulorganisatorischer Hinsicht nicht informiert werde. Auch in Bezug auf D._____ Freizeitaktivitäten schienen die Parteien nicht fähig, (rechtzeitig) die notwendigen Absprachen zu treffen (z.B. [...] -Kurs). Schliesslich sei hervorzuheben, dass ein nach der Darstellung des Beklagten zu Beginn für D._____ ausgearbeiteter Übernachtungsplan offensichtlich nicht habe eingehalten werden können, habe D._____ doch mittlerweile seit über einem Jahr nicht mehr beim Beklagten geschlafen. Es erscheine mehr als zweifelhaft, dass die Parteien in der Lage wären, sich über das Nötigste zum Wohl von D._____ abzusprechen und deren Alltag gemeinsam zu organisieren, was bei einer alternierenden Obhut erforderlich wäre. Gewisse alltägliche organisatorische Massnahmen und gegenseitige Informationen seien innert kürzester Zeit zu treffen und könnten daher z.B. nicht über einen Beistand erfolgen. Es sei also nicht anzunehmen, dass alltägliche Absprachen mehr oder weniger konfliktfrei im Interesse von D._____ getroffen und der gegenseitige Informationsaustausch (insb. hinsichtlich schulischer Belange und bezüglich

Freizeitaktivitäten) gewährleistet werden könne. Vielmehr sei zu befürchten, dass die im Rahmen der alternierenden Obhut vermehrt zu treffenden Absprachen zu zusätzlichem Konfliktpotential zwischen den Eltern führten.

Vorliegend hat sich auch im Verlaufe des Berufungsverfahrens klar gezeigt und bestätigt, dass die Parteien - wie von der Vorinstanz anhand früher Vorkommnisse und gestützt auf die Akten nachvollziehbar erwogen – auch bei Unterstützung durch Dritte ausser Stande sind, in Sachen Kinderbelange auch nur ansatzweise vernünftig und im Interesse des Kindeswohls miteinander zu kommunizieren und Entscheidungen zu treffen, was denn offensichtlich auch den Familienbegleiter veranlasst hat, resigniert das Handtuch zu werfen. Woraus der Beklagte schliesst, dass die "notwendige Kommunikation" zwischen den Parteien gut funktioniere, bleibt unerfindlich. Der von ihm mit Eingabe vom 22. August 2023 eingereichte E-Mail-Verkehr ist jedenfalls nicht geeignet, sein Vorbringen zu plausibilisieren.

2.4.4.

D._____ Weigerung, an einer gerichtlichen Kinderanhörung (Art. 298 Abs. 1 ZPO) teilzunehmen, ist zu respektieren, da ihr beharrlicher Widerstand (Prozessgeschichte Ziff. 1.6 oben) ihrem tatsächlichen Willen zu entsprechen scheint (die erstmals im Berufungsverfahren vorgebrachten Behauptungen des Beklagten, die Klägerin habe D._____ die Teilnahme an einer Kinderanhörung verboten und D._____ habe ihm gegenüber den Wunsch einer alternierenden Obhut geäussert, finden in den Akten keine Stütze) und weil die Anhörung ein Recht und keine Pflicht des Kindes ist (SCHWEIGHAUSER, in: ZPO-Komm., a.a.O., N. 31 zu Art. 298 ZPO; SPYCHER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, N. 9 zu Art. 298 ZPO). Betreffend Ausgestaltung der Obhut hat D._____ gegenüber dem Gericht somit zwar auf das ausdrückliche Äussern eines Wunsches verzichtet. Indessen deutet der Umstand, dass die mittlerweile fast 14-jährige D._____ seit nunmehr über einem Jahr bei ihrer Mutter wohnhaft ist und sich mit Übernachtungen bei ihrem Vater weiterhin schwertut, unübersehbar darauf hin, dass D._____ an ihren derzeitigen Wohnverhältnissen bzw. am Verbleib bei ihrer Mutter nichts ändern möchte. Anderweitige Bedürfnisse hätte D._____ ansonsten - wie es die Klägerin mit Berufungsantwort (S. 8) zu Recht vorbringt - mittels dem Schaffen von Fakten respektive damit umgesetzt, dass sie effektiv mehr Zeit bei ihrem Vater verbringt. Indem D._____ ihre Freizeit aber unbestrittenermassen hauptsächlich bei ihrer Mutter verbringt und dort auch ganz überwiegend übernachtet, bringt D._____ ihren Willen gegen die Anordnung einer alternierenden Obhut klar zum Ausdruck. So ergibt sich auch aus dem von der Klägerin am 14. August 2023 eingereichten WhatsApp-Protokoll, dass sich D._____ mit Übernachtungen beim Beklagten und insbesondere mit autoritativen Anordnungen hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Freizeit - egal ob diese vom Beklagten oder der Klägerin stammen - ,

weiterhin sehr schwertut und sie, einem Kind im Teenageralter entsprechend, über einen eigenen starken Willen verfügt.

2.4.5.

Die Parteien sind sich einig und aus den Akten ergibt sich auch ohne Weiteres, dass sich der derzeitige Konflikt zwischen den Kindseltern sehr belastend auf D._____ auswirkt. Es ist nicht ersichtlich, dass sich an dieser Situation nach einer autoritativen Anordnung der alternierenden Obhut etwas ändern würde. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass sich der elterliche Konflikt bei Anordnung der alternierenden Obhut vor dem Hintergrund des von D._____ (zumindest konkludent) klar hervorgebrachten Wunsches (vgl. oben) nach dem Verbleib bei ihrer Mutter nur noch weiter verschärfen würde und D._____ zunehmend in einen Loyalitätskonflikt geriete. Eine alternierende Obhut scheint deshalb unter Würdigung aller Umstände, insbesondere der Stabilität und Kontinuität der Betreuungssituation, nicht im besten Interesse von D._____.

2.5.

Zusammenfassend ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von der Anordnung einer alternierenden Obhut über D._____ abgesehen und das Mädchen stattdessen unter die alleinige Obhut der Klägerin gestellt hat. Dies führt zur Abweisung der Berufung des Beklagten in diesem Punkt.

3.

Gemäss dem *Beklagten* erübrigt sich die Regelung eines Besuchsrechts bei alternierender Obhut. Hingegen sei das Ferienrecht bei alternierender Obhut so auszugestalten, dass D._____ je die Hälfte der Schulferien bei den Eltern verbringe (Berufung, S. 15). Da dem Begehren des Beklagten betreffend alternierender Obhut nicht zu entsprechen ist (vgl. oben), ist das im Übrigen nicht substantiiert angefochtene Besuchs- und Ferienrecht (Urteil, Disp.-Ziff. 3) des Beklagten gemäss Vorinstanz zu bestätigen.

4.

Wie der *Beklagte* (Berufung, S. 14; "pragmatische Regelung") beanstandet auch die *Klägerin* den 34-seitigen Unterhaltsentscheid (Urteil, Erw. 9) nur für den Fall, dass die alternierende Obhut angeordnet wird. Da die darauf abzielende Berufung des Beklagten jedoch abgewiesen wird (vgl. oben), hat es bei der Unterhaltsregelung gemäss Vorinstanz sein Bewenden.

5.

Die *Vorinstanz* (Urteil, Erw. 13) bemass die Spruchgebühr auf Fr. 8'000.00. Der *Beklagte* rügt dies als unangemessen hoch. Praxisgemäss werde die Spruchgebühr auf höchstens Fr. 3'000.00 festgesetzt (Berufung, S. 15). Die *Klägerin* pflichtet dem Beklagten bei (Berufungsantwort, S. 14).

Gerichtskosten sind Kausalabgaben, weshalb sie dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip genügen müssen (BGE 141 I 105 Erw. 3.3.2). Beide Grundsätze konkretisieren das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot für den Bereich der Kausalabgaben (BGE 135 III 578 Erw. 6.1). Das *Kostendeckungsprinzip* besagt, dass der Gebührenertrag die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen soll (BGE 141 I 105 Erw. 3.3.2). Das *Äquivalenzprinzip* verlangt in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes insbesondere, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss (Gerichtsgebühren: BGE 120 Ia 171 Erw. 2a). Insgesamt verfügt das Gericht bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr über einen grossen Ermessensspielraum (BGE 139 III 334 Erw. 3.2.5).

Nach Art. 96 ZPO setzen die Kantone die Tarife für die Prozesskosten fest. Im Kanton Aargau gelangt das Dekret über die Verfahrenskosten (VKD; SAR 221.150) zur Anwendung. Danach beträgt die Entscheidungsgebühr für die Durchführung des summarischen Verfahrens Fr. 500.00 bis Fr. 12'000.00 (§ 8 VKD). Die in der Sache zuständige Instanz bemisst die Pauschale innerhalb des vorgeschriebenen Rahmens nach dem Zeitaufwand und der Bedeutung der Sache. In ausserordentlich zeitraubenden Fällen oder bei mutwilligem oder trölerischem Verhalten einer Partei kann die Pauschale bis auf das Doppelte des vorgesehenen Höchstbetrages bemessen werden (§ 3 Abs. 1 und 2 VKD). Der innerhalb des vorgeschriebenen Rahmens zu berücksichtigende Zeitaufwand kann sich auch aus dem Gang des Verfahrens ergeben bzw. im Zusammenhang mit der Prozessleitung stehen (vgl. Entscheid des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 18. Dezember 2017 [ZSU.2017.211], Erw. 3.2.3.1). Unter Hinweis auf § 8 VKD legte die *Vorinstanz* die Spruchgebühr auf Fr. 8'000.00 fest. Das Kostendeckungsprinzip spielt im Allgemeinen für Gerichtsgebühren keine Rolle, decken doch erfahrungsgemäss die von den Gerichten eingenommenen Gebühren die entsprechenden Kosten bei Weitem nicht (BGE 141 I 105 Erw. 3.3.2). Der Beklagte zeigt jedenfalls nicht auf, dass Letzteres für die Aargauer Justiz nicht zutreffen soll. Selbst unter Berücksichtigung, dass die Vorinstanz noch während vier Monaten diverse (schriftliche und telefonische) Versuche unternommen hat, D._____ zur Teilnahme an einer Kinderanhörung zu bewegen (vgl. Prozessgeschichte Ziff. 1.6; act. 107 bis 133) und sie dann schlussendlich einen fast 70-seitigen Entscheid verfasst hat, erscheint aber die ohne weitere Begründung auf Fr. 8'000.00 festgesetzte Gerichtsgebühr als unangemessen hoch, so dass der Beklagte – was er jedenfalls implizit tut – zu Recht eine Verletzung des Äquivalenzprinzips rügt. Mit Blick auf vergleichbar komplexe Fälle ist die erstinstanzliche Gerichtsgebühr in diesbezüglicher Gutheissung der Berufung auf Fr. 3'000.00 festzusetzen und entsprechend (was unbeanstandet geblieben ist) je hälftig mit Fr. 1'500.00 auf die Parteien aufzuteilen.

6.

Die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 2'000.00 (Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO, Art. 96 ZPO i.V.m. §§ 3 Abs. 1, 8 und 11 Abs. 1 VKD) wird dem materiellen Verfahrensausgang entsprechend (vgl. Erw. 2.5 oben; die Reduktion der erstinstanzlichen Spruchgebühr wirkt sich zu Gunsten *beider* Parteien aus) dem Beklagten auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zudem hat er der Klägerin ihre zweitinstanzlichen Anwaltskosten zu ersetzen, welche gerichtlich auf (gerundet) Fr. 3'084.00 festgesetzt (Art. 105 Abs. 2 ZPO) werden (durchschnittliches Eheschutzverfahren Fr. 3'350.00 [§ 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AnwT]; Verhandlungsabzug 20 % [§ 6 Abs. 1 und 2 AnwT], Gesamtzuschlag von 30 % für die Eingaben vom 18. Juli 2023, 14. August 2023 und 5. September 2023; Rechtsmittelabzug 25 % [§ 8 AnwT]; Auslagen pauschal Fr. 100.00 [§ 13 AnwT]; 7.7 % MwSt.).

Das Obergericht erkennt:

1.

1.1.

In teilweiser Gutheissung der Berufung des Beklagten wird Disp.-Ziff. 8 des Entscheids des Bezirksgerichts Q._____, Präsidium des Familiengerichts, vom 3. Mai 2023, aufgehoben und durch folgende Bestimmung ersetzt:

Die Entscheidgebühr von CHF 3'000.00 wird den Parteien je zur Hälfte mit CHF 1'500.00 auferlegt. Der Anteil der Gesuchstellerin wird mit ihrem Kostenvorschuss von CHF 1'500.00 verrechnet.

1.2.

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

2.

Die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 2'000.00 wird dem Beklagten auferlegt und mit dem von ihm in identischer Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3.

Der Beklagte hat der Klägerin für das Berufungsverfahren ihre gerichtlich festgesetzten Anwaltskosten von Fr. 3'084.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuern) zu bezahlen.

Zustellung an:
[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 8. November 2023

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 5. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Brunner

Hess