

ZSU.2023.227
(SF.2023.7)
Art. 87

Entscheid vom 28. November 2023

Besetzung Oberrichter Brunner, Präsident
 Oberrichter Lindner
 Oberrichter Holliger
 Gerichtsschreiber Hess

Kläger **A.**_____,
 [...]
 vertreten durch lic. iur. Nadia Flury, Rechtsanwältin,
 Unterer Haldenweg 1, Postfach, 5600 Lenzburg

Beklagte **B.**_____,
 [...]
 vertreten durch MLaw Janine Sommer, Rechtsanwältin,
 Badenerstrasse 9, 5201 Brugg

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Eheschutz

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Mit Klage vom 6. Februar 2023 ersuchte der Kläger das Gerichtspräsidium Q._____ um die Regelung des Getrenntlebens u.a. mit folgenden Begehren:

"3.

Die Tochter C._____, geb. tt.mm.2010, sei unter die [...] Obhut des Klägers zu stellen [...].

4. [Besuchs- und Ferienrecht zugunsten der Beklagten]

5.

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger an [C._____ Unterhalt] ab [ihrem] Auszug aus der ehelichen Liegenschaft bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung von C._____ monatlich [...] mindestens [...] CHF 850.00 zu bezahlen. [...]

6.

Es sei festzustellen, dass [...] [kein Ehegattenunterhalt] geschuldet [ist]."

1.2.

Mit Klageantwort vom 3. April 2023 beantragte die Beklagte u.a.:

"3.

[...] C._____ [...] sei unter die [...] Obhut der Gesuchsgegnerin zu stellen [...].

4. [Besuchs- und Ferienrecht zugunsten des Klägers]

5.

5.1.

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, an [C._____ Unterhalt] monatlich [...] folgende Beiträge zu leisten:

1. Phase von 6. Februar 2023 bis 25. April 2026:

[Barunterhalt CHF 2'018.65, Betreuungsunterhalt CHF 2'160.85]

Jeweils zuzüglich allfällig bezogener Kinder - und Ausbildungszulagen.

2. Phase ab 26. April 2026:

[Barunterhalt CHF 1'999.10, Betreuungsunterhalt CHF 2'248.70]

Jeweils zuzüglich allfällig bezogener Kinder- und Ausbildungszulagen.

[...]

5.2. [Ausserordentliche Kosten]

6.

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

1. Phase von 6. Februar 2023 bis 25. April 2026: [...] CHF 2'150.30.

2. Phase ab 26. April 2026: [...] CHF 2'111.15.

[...]"

Zudem beantragte die Beklagte vom Kläger einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 6'000.00 (zzgl. MwSt.), eventuell die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege.

1.3.

Am 7. Juni 2023 wurde C._____ von der Gerichtspräsidentin angehört.

1.4.

Am 21. Juni 2023 fand vor dem Gerichtspräsidium Q._____ die Verhandlung statt. Die Parteien hielten in Replik und Duplik an ihren Anträgen fest. Der Kläger beantragte zusätzlich die Abweisung des Prozesskostenvorschussbegehrens, die Beklagte zusätzlich bzw. ergänzend:

"Zu Ziffer 5:

In Ergänzung zu Ziffer 5.1. [...]:

- *Bei Umzug der Gesuchsgegnerin mit C._____ in die Westschweiz:*
Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten an [C._____ Unterhalt] monatlich [...] zu leisten:

1. Ab Wegzug in die Westschweiz bis 25. April 2026:
[Barunterhalt CHF 1'362.55, Betreuungsunterhalt CHF 1'923.85].
Jeweils zuzüglich allfällig bezogener Kinder- und Ausbildungszulagen.

2. Phase ab 26. April 2026:
[Barunterhalt CHF 1'362.90, Betreuungsunterhalt CHF 1'932.85].
Jeweils zuzüglich allfällig bezogener Kinder- und Ausbildungszulagen.

- *Bei einem Verbleib der Gesuchsgegnerin in der Deutschschweiz:*
Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten [C._____ Unterhalt] monatlich [...] leisten:

1. Verbleib der Deutschschweiz bis 25. April 2026:
[Barunterhalt CHF 1'795.00, Betreuungsunterhalt CHF 3'287.75]
Jeweils zuzüglich allfällig bezogener Kinder- und Ausbildungszulagen.

2. Phase ab 26. April 2026:
[Barunterhalt CHF 1'581.50, Betreuungsunterhalt CHF 3'272.75]

Zu Ziffer 6

In Ergänzung zu Ziffer 6. [...]:

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

Bei Umzug der Gesuchsgegnerin mit C._____ in die Westschweiz:

1. Ab Umzug in die Westschweiz bis 25. April 2026: [...] CHF 1'928.35.

2. Phase ab 26. April 2026: [...] CHF 2'395.25

Bei Verbleib der Gesuchsgegnerin in der Deutschschweiz:

1. Verbleib in der Deutschschweiz bis 25. April 2026: [...] CHF 1'703.15
2. Phase ab 26. April 2026: [...] CHF 1'914.25

Zu Ziffer 7

Neu 7.1.

Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin einstweilen einen Prozesskostenvorschuss [...] von CHF 7'000.00 (zzgl. MwSt) [...] u bezahlen."

Anschliessend wurden die Parteien befragt.

1.5.

Mit Eingaben vom 6. (Kläger) resp. 10. Juli 2023 (Beklagte) hielten die Parteien an ihren Begehren fest.

1.6.

Mit Entscheid vom 9. August 2023 erkannte das Bezirksgericht Q._____, Präsidium des Familiengerichts, u.a.:

"3.

[...] C._____[...] wird für die Dauer der Trennung unter die [...] Obhut des Gesuchstellers gestellt.

4.

4.1.

Die Gesuchsgegnerin wird berechtigt erklärt, [...] C._____[...] jedes zweite Wochenende von Freitagabend, 18:00 Uhr, bis Sonntagabend, 18:00 Uhr, mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen und jährlich während den Schulferien drei Wochen Ferien mit ihr zu verbringen.

4.2. [Vorbehalt abweichender Vereinbarungen der Parteien]

5.

Es wird festgestellt, dass der Gesuchsteller für [C._____] Unterhalt] aufkommt.

6.

6.1.

Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin an den persönlichen Unterhalt monatlich [...] zu bezahlen:

Fr. 1'904.00

ab Auszug bis und mit November 2023

Fr. 1'202.00

ab Dezember 2023 bis zum Eintritt des Gesuchstellers ins ordentliche Pensionsalter resp. bei Weiterführung der Erwerbstätigkeit bis zu deren Beendigung"

2.

2.1.

Gegen den ihr am 3. Oktober 2023 zugestellten Entscheid erhob die Beklagte am 12. Oktober 2023 fristgerecht Berufung mit folgenden Begehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen:

"1.

Es sei für [C._____] eine Kindesvertretung einzusetzen.

2.

Es sei [C._____] anzuhören.

3.

Es seien die Ziffern [3., 4.1, 4.2, 5 und 6.1] aufzuheben und stattdessen sei wie folgt zu entscheiden:

3.

[C._____] sei [...] unter die [...] Obhut der Gesuchsgegnerin zu stellen.

4.

4.1.

Der Gesuchsteller sei berechtigt zu erklären, [C._____] jedes zweite Wochenende von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr, mit oder zu sich auf Besuch zu nehmen und jährlich während den Schulferien drei Wochen Ferien mit ihr zu verbringen.

4.2. [Vorbehalt abweichender Vereinbarungen der Parteien]

5.

Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin an [C._____] Unterhalt] monatlich [...], je [zzgl. Kinderzulagen], zu bezahlen:

Ab Auszug bis 25. April 2026 ([Phasen 1 und 2]) CHF 2'916.80 (davon CHF 1'563.00 Betreuungsunterhalt)

Ab 26. April 2026 CHF 1'353.20 (davon CHF 0 Betreuungsunterhalt)

6.

6.1.

Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin an ihren persönlichen Unterhalt monatlich [...] zu bezahlen:

Ab Auszug bis Ende [...] November 2023: CHF 3'138.75

Ab 1. Dezember 2023 bis zum Eintritt des Gesuchstellers ins ordentliche Pensionierungsalter resp. Weiterführung der Erwerbstätigkeit bis zu deren Beendigung CHF 4'188.75"

Zudem beantragte die Beklagte einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 4'000.00 (exkl. MwSt.), eventuell die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege.

2.2.

Mit Berufungsantwort vom 6. November 2023 beantragte der Kläger:

"1.

Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.

2.

Eventualiter [bei Zuweisung der Obhut an die Beklagte] sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten an [C._____] Unterhalt] [monatlich] maximal 585.00 [Phase 1] und [...] maximal CHF 872.00 [Phase 2] zu bezahlen.

Zudem sei festzustellen, dass weder Betreuungsunterhalt noch persönlicher Unterhalt zu bezahlen sind.

Eventualiter [bei Zuweisung der Obhut an die Beklagte] sei dem Kläger ein ausgedehntes Besuchsrecht jede Woche von [Donnerstag- bis Samstagabend] und jedes zweite Wochenende zusätzlich von [Samstag- bis Sonntagabend] sowie die Hälfte der Schulferien einzuräumen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin.

Eventualiter sei dem Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu [gewähren]."

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Mit der vorliegend zulässigen Berufung (Art. 308 ZPO) 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). 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 hat sich der Berufungskläger mit der Begründung im erstinstanzlichen Entscheid im Einzelnen und sachbezogen auseinander zu setzen (REETZ/THEILER, a.a.O., 3. Aufl., Zürich 2016, N. 36 zu Art. 311 ZPO; BGE 147 III 179 Erw. 4.2.1). Die Berufungsbeklagte kann in der Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO) Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz üben (vgl. REETZ/THEILER, a.a.O., N. 12 zu Art. 312 ZPO). Das Obergericht beschränkt sich grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und der Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen (vgl. BGE 142 III 413 Erw. 2.2.4). Auch wenn hinsichtlich der (vorliegend strittigen) Kinderbelange der Erforschungs- und der Officialgrundsatz gelten (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO), haben die Parteien die erforderlichen tatsächlichen Grundlagen für die geltend gemachten Ansprüche darzutun und die Beweise für die vorgebrachten Tatsachen vorzulegen resp. zu beantragen (BGE 128 III 411 Erw. 3.2.1, 133 III 507 Erw. 5.4). Im Berufungsverfahren ist das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich nur im Rahmen von Art. 317 Abs. 1 ZPO möglich (BGE 138 III 625 Erw. 2.2). Diese Novenschränke gilt indes bei (wie vorliegend strittigen) Kinderbelangen nicht (BGE 144 III 349 Erw. 4.2.1), was der Kläger verkennt (vgl. Berufungsantwort, S. 3). In diesem Fall sind Noven bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (vgl. Art. 229 Abs. 3 ZPO; BGE 142 III 413 Erw. 2.3.6). Der Sachverhalt ist glaubhaft zu machen (BGE 5A_928/2016 Erw. 3.2), was mehr als Behaupten bedeutet (BGE 120 II 398).

2.

2.1.

Nach Art. 299 ZPO hat das Gericht ex officio zu prüfen, ob dem Kind als Vertretung in Form eines Beistandes eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person zur Seite zu stellen ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Eltern in Bezug auf die Obhut bzw. die Aufteilung der Betreuung, wie vorliegend (vgl. Erw. 3 unten), unterschiedliche Anträge stellen (Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO). Selbst in diesem Fall besteht aber nur eine Prüfungspflicht des Gerichtes und ist die Anordnung einer Kindesvertretung nicht imperativ; die Bezeichnung einer Vertretung steht vielmehr im Ermessen des Gerichts. Die Kindesvertretung hat verschiedene Aspekte, welchen je nach Alter des Kindes und Situation des Einzelfalles unterschiedliches Gewicht zukommt. Ein Teilgehalt besteht darin, dass die Vertretung den Willen des (urteilsfähigen) Kindes gegenüber dem Gericht zum Ausdruck bringt. Ein weiterer Aspekt der Kindesvertretung kann darin bestehen, dass sie sich ein umfassendes, elternunabhängiges und neutrales Bild von der konkreten Situation (örtlich, häuslich, schulisch, Interaktion zwischen Kind und Eltern sowie Geschwistern etc.) machen und dieses dem Gericht zur Kenntnis bringen muss. Zum Bestand an kindeswohlorientierten Erkenntnissen gehört auch die Dokumentation des subjektiven Kindeswillens. Bei einem Kind, das in der Regel altersbedingt noch nicht gerichtlich angehört wird, kann die Kindsvertretung die Funktion eines "Dolmetschers" zwischen Kind und Gericht insofern wahrnehmen, als je nach konkreter Situation ein kindgerecht geführtes Gespräch in einem ungezwungenen Rahmen bereits möglich ist, sich die Vertretung so ein Bild über die Wahrnehmungen des Kindes machen und diese dem Gericht mitteilen kann. Voraussetzung ist allerdings, dass die Kindesvertretung dem entscheidbefassten Gericht zusätzliche Entscheidungshilfe bieten kann bei der Frage, welche Obhuts- und Betreuungsregelung dem Kindeswohl im konkreten Einzelfall am besten entspricht (BGE 5A_400/2015 Erw. 2.3; BGE 142 III 153 ff.; MICHEL/STECK, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [BSK-ZPO], 3. Aufl., Basel 2017, N. 19 zu Art. 299 ZPO). Die *Vorinstanz* hat C._____ gerichtlich angehört (vgl. Erw. 2.2 unten). Die Beklagte behauptet sodann nicht, dass C._____ selber einen Kinderanwalt wünschen würde (vgl. Berufung, S. 10). Im Weiteren ist nicht ersichtlich und es wurde auch von der Beklagten nicht substantiiert dargetan, inwiefern vorliegend eine Kindesvertretung dem Obergericht in Bezug auf die anzuordnende Obhutsregelung noch eine zusätzliche, geradezu unentbehrliche Entscheidungshilfe bieten können sollte. Das Begehren der Beklagten, für C._____ sei eine Rechtsvertretung zu bestellen, ist deshalb abzuweisen.

2.2.

Gemäss Art. 298 Abs. 1 ZPO wird das Kind durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegensprechen. Es ist

zentrale Aufgabe des Gerichts, in den das Kind betreffenden Streitpunkten eine Lösung zu finden, die dessen Wohl bestmöglich entspricht. Daher muss sich der Richter von den massgeblichen Verhältnissen grundsätzlich ein persönliches Bild machen (BGE 5A_735/2007 Erw. 2.1). So oder anders ist eine Anhörung um der Anhörung willen zu vermeiden. Insbesondere ist von wiederholten Anhörungen abzusehen, wo dies für das Kind eine unzumutbare Belastung bedeuten würde, was namentlich bei akuten Loyalitätskonflikten der Fall sein kann, und überdies keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären oder der erhoffte Nutzen in keinem vernünftigen Verhältnis zu der durch die erneute Befragung verursachten Belastung stünde (BGE 5A_397/2011 Erw. 2.4). Ausschlaggebend muss sein, dass das Kind *zu den entscheiderelevanten Punkten befragt* worden ist und dass die Anhörung bzw. deren Ergebnis *aktuell* ist (vgl. BGE 146 III 209 Erw. 3.3.2). Die vorinstanzliche Gerichtspräsidentin hörte C._____ am 7. Juni 2023 persönlich an (act. 77 ff.). Damit hat die Vorinstanz erst vor rund sechs Monaten versucht, C._____ "Willen zu eruieren"; C._____ "Partizipationsrechte" (so die Beklagte) wurden also bereits gewahrt. Vorliegend kann auf dieses umfassende Anhörungsergebnis, welches nach wie vor aktuell erscheint, abgestellt werden. Anhaltspunkte dafür, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse zwischenzeitlich wesentlich verändert hätten, so dass eine erneute Anhörung durch das Obergericht angezeigt wäre (vgl. STECK, in: BSK-ZPO, a.a.O., N. 26 zu Art. 298 ZPO; BGE 134 III 90 Erw. 4; BGE 5A_505/2013 Erw. 5.2.2 [wiederholte Begutachtung]), sind nicht ersichtlich (vgl. Erw. 3.3 Abs. 1 unten). Wiederholte Anhörungen sind zu vermeiden (STECK, a.a.O., N. 22 zu Art. 298 ZPO; SPYCHER, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [BK-ZPO], Bern 2012, N. 13 zu Art. 298 ZPO).

3.

3.1.

In *erster Instanz* hatten beide Parteien die alleinige Obhut über C._____ verlangt. Die *Vorinstanz* wies sie dem Kläger zu: Keine der erziehungsfähig erscheinenden Parteien beantragte die alternierende Obhut. Selbst wenn die Beklagte in der bisherigen Umgebung bleibe, scheine der Kläger (trotz 100 %-Pensum) eher bzw. mehr in der Lage zu sein, C._____ persönlich zu betreuen. C._____ habe ihr soziales Umfeld in R._____. Sie gehe dort in die Schule und übe dort auch ihre Hobbies aus. Da die Berufswahl / Lehrstellensuche bzw. der Übertritt in die Berufswelt anstehe, erscheine Stabilität und Unterstützung (z.B. beim Bewerbungen schreiben oder im Kontakt mit der Schule und potenziellen Lehrbetrieben) wichtig. Aufgrund der fehlenden Deutschkenntnisse scheine die Beklagte weniger in der Lage zu sein, C._____ da ausreichend unterstützen zu können. Zu berücksichtigen sei auch die Überlegung der Beklagten, in die Nähe ihres Arbeitsortes (S._____) zu ziehen. Bei einer Zuteilung der Obhut an die Beklagte sei davon auszugehen, dass sie mit C._____ in die Romandie ziehe. Dies wäre - obwohl C._____ auch Französisch spreche - der Stabilität abträglich. Sie

müsste sich an einem neuen Ort und in einer neuen Schule einleben und sich ein neues soziales Netz aufbauen. Auch würde sie von ihren beiden erwachsenen Brüdern, zu denen sie ein gutes Verhältnis pflege, getrennt werden. Eine solche Doppelbelastung erscheine nicht als dem Kindeswohl förderlich. Ferner habe C._____ an der Anhörung ausgeführt, dass es ihr wichtig sei, in R._____ zu wohnen. Aufgrund der Kinderanhörung sei erstellt, dass keine eindeutige primäre Bezugsperson vorhanden sei. Ebenso wenig deutlich sei ihr Wunsch, bei wem sie leben möchte resp. C._____ habe sich ambivalent gezeigt. Es könne von keinem eindeutigen Zuteilungswunsch ausgegangen werden, wobei ein solcher ohnehin nur ein Aspekt der Obhutszuteilung wäre. Insgesamt erscheine es als dem Kindeswohl eher entsprechend, die Obhut dem Kläger zuzuweisen (angefochtener Entscheid, Erw. 5.1.4).

Die *Beklagte* beharrt auf der alleinigen Obhut über C._____. Sie arbeite nun seit August 2023 in T._____ (die neue Stelle erlaube ihr "bestmögliche Flexibilität"), sei auf Wohnungssuche "im Umkreis von C._____ Lebensmittelpunkt" und es liege von C._____ ein schriftlicher Zuteilungswunsch vor. C._____ habe nicht nur ihr "ziemlich klar" gesagt, dass sie nicht beim Kläger wohnen möchte, sondern habe sogar ohne ihr "Zutun" einen Brief an die Vorinstanz verfasst und ihre Gründe mitgeteilt, weshalb sie bei ihrer Mutter bleiben möchte. Sie könne C._____ die notwendige Stabilität bieten. C._____ könne sich in schulischen Belangen auch an den Kläger wenden, wenn sie unter ihre Obhut gestellt werde. Dazu komme, dass der Bruder D._____ vorhabe, bei ihr einzuziehen. Das Kindeswohl von C._____ sei bei ihr "klarerweise besser gewährleistet". Sie sei C._____ hauptbetreuender Elternteil (Berufung, S. 3 ff.).

Der *Kläger* bestreitet die Ausführungen der Beklagten. Mit der neuen Stelle sei keine Verbesserung der Betreuungssituation eingetreten. Es sei davon auszugehen, dass C._____ Brief auf Geheiss der Beklagten verfasst worden sei. Mittlerweile habe die Beklagte offenbar per 1. November 2023 eine Wohnung in U._____ gefunden, d.h. die Zuteilung der Obhut an sie wäre mit einem Schulwechsel für C._____ verbunden; gemäss Vorinstanz sei es aber wichtig, dass C._____ in der gewohnten Umgebung bleiben könne. Zudem könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Beklagte doch noch in die Westschweiz ziehe. Ihre sprachlichen Probleme seien ein gewichtiges Argument beim Entscheid über die Obhut; es gehe nicht nur um schulische Belange. D._____ habe sich ihm gegenüber nicht klar geäußert, wo er wohnen werde. Er gehe davon aus, dass D._____ von der Beklagten in erster Linie aufgrund seines Einkommens bei der Wohnungssuche eingesetzt werde, um bessere Chancen zu haben (Berufungsantwort, S. 3 ff.).

3.2.

Die Anordnung einer alternierenden Obhut steht vorliegend nicht zur Debatte. Beide Parteien beanspruchen die Alleinobhut für sich. Leitprinzip für

deren Zuweisung ist das Kindeswohl, während die Interessen der Eltern in den Hintergrund zu treten haben. Einbezogen werden müssen die Bindungen des Kindes zu den beiden Elternteilen, deren jeweilige Erziehungsfähigkeit, ihre Eignung und Bereitschaft, sich persönlich um das Kind zu kümmern und sich mit ihm zu beschäftigen sowie die Beziehung zum anderen Elternteil zuzulassen. Es ist diejenige Lösung zu wählen, die unter Berücksichtigung der gesamten Umstände dem Kind die notwendige Stabilität der Beziehung gewährleistet, die es für seine optimale Entwicklung und Entfaltung in körperlicher und geistiger Hinsicht benötigt (BGE 5A_46/2015 Erw. 4.4.2). Ist die Erziehungsfähigkeit bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile die genannten Anforderungen ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte. Bei der Zuweisung der Obhut ist auch dem Wunsch des Kindes Beachtung zu schenken, selbst wenn es bezüglich der Frage der Betreuungsregelung (noch) nicht urteilsfähig ist (BGE 142 III 612 Erw. 4.3).

3.3.

C._____ hat an ihrer Anhörung vom 7. Juni 2023 durch die vorinstanzliche Gerichtspräsidentin u.a. erzählt (act. 77 f.), dass es ihr "schon wichtig" sei, in R._____, wo sie auch zur Schule gehe, zu wohnen, dass es *aber* auch nicht schlimm wäre, wenn sie zügeln müsste. Sie habe viele Freunde und Kollegen in R._____. Es sei *unterschiedlich*, wer von den Eltern im Moment mehr zuhause sei. Wenn sie in schulischen Dingen Fragen habe, rede sie *eher* mit dem Vater. Grund sei die Sprache. Mit wem sie rede, wenn sie Sorgen oder Probleme habe, habe sie *keine Ahnung*. Es *komme drauf an*, mit allen. Es komme aufs Thema an. Wie es für sie aussehen soll, wenn ihre Eltern nicht mehr zusammenleben, sei *schwierig*. Von der Schule her wäre es *besser* beim Vater zu bleiben, *aber* allgemein besser bei der Mutter. Die *Vorinstanz* hat gestützt auf diese Äusserungen zurecht und nachvollziehbar festgehalten, dass bei C._____ weder eindeutig eine primäre Bezugsperson noch ein Zuteilungswunsch vorhanden sei (Erw. 3.1 Abs. 1 oben). In ihrem Brief an die vorinstanzliche Gerichtspräsidentin (Eingang am 6. Oktober 2023) erklärt C._____ zwar neuerdings, dass es ihr "sehr wichtig" sei, dass ihre Mutter "100 % Sorgerecht trägt" (act. 201; Berufsbeilage 7). Mit Blick auf ihre ambivalenten Aussagen (noch) an der Kinderanhörung vom 7. Juni 2023 kann aber von keinem stabilen, gefestigten Zuteilungswunsch gesprochen werden, dem massgebliches Gewicht beigemessen werden müsste. Aus dessen Begründung ergibt sich denn auch nicht, dass der Wunsch (was für dessen Berücksichtigung erforderlich

wäre) auf einer starken inneren Verbundenheit von C._____ zu ihrer Mutter beruhen würde (vgl. zum Ganzen: BÜCHLER/CLAUSEN sowie MAIER/VETTERLI, in: FamKomm. Scheidung, 4. Aufl., Bern 2022, N. 12 zu Art. 133 ZGB resp. N. 3 zu Art. 176 ZGB). So ist in C._____ Brief zur Begründung ihrer Zuteilungspräferenz nur gerade ausgeführt, die Beklagte könne sie besser erziehen, und sie bringe ihr Sachen bei, die ihr der Vater nicht beibringen könne, "z.B. Kochen, meine Haare machen und Frauensachen". Da dem Zuteilungswunsch keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt, kann letztlich offenbleiben, ob C._____ wovon der Kläger ausgeht - ihren Brief unter dem Einfluss ihrer Mutter verfasst hat oder nicht.

Die Erziehungsfähigkeit des Klägers ist unbestritten. Die Beklagte mag (was diese nicht in Abrede gestellt hat) zwischenzeitlich zwar (per 1. November 2023) nach U._____ gezogen sein. Aber selbst für den Fall, dass die Beklagte "in der bisherigen Umgebung" bleibt, hat die Vorinstanz beim Kläger die Kapazitäten, C._____ persönlich betreuen zu können, als vorteilhafter erachtet. Gegenteiliges vermochte die *Beklagte*, die bei der E._____ GmbH auf Stundenlohnbasis im [...]bereich arbeitet (Berufung, S. 7; Berufsbeilage 4 [Arbeitsvertrag vom 5. September 2023]), nicht glaubhaft zu machen. Es erschöpft sich in einer (wenig glaubhaften) Behauptung der Beklagten, dass ihr dieser neue Job "bestmögliche Flexibilität" erlauben soll (Erw. 1 oben). Die Beklagte räumte vielmehr ein, dass auch an ihrer neuen Stelle (jedenfalls) an "vereinzelten Tagen" Arbeitseinsätze bis zum Abend vorkommen, und dass sie (lediglich) "bemüht" ist, ihre Einsätze an Orten zu planen, wo sie "spätestens um 20.00 Uhr" von der Arbeit zurück sein könne, wobei sich aus dem eingereichten Arbeitsplan (Berufsbeilage 8) allerdings ergibt, dass die Beklagte weiterhin fast ausnahmslos in der Romandie zum Einsatz kommt, was nicht von einem massgeblichen Mitspracherecht bei der Einsatzplanung zeugt. Weiter ist unbestritten, dass C._____ ihr soziales Umfeld in R._____ hat, sich dort auch sonst ihr Lebensmittelpunkt befindet und sie insbesondere dort die Schule besucht. Die Beklagte stellte zurecht nicht in Abrede, dass mit Blick auf die bevorstehende Berufswahl und Lehrstellensuche für C._____ stabile Verhältnisse besonders bedeutsam sind und sie dabei (wegen der sprachlichen Defizite der Beklagten in der deutschen Sprache) vom Kläger unterstützt werden muss. Bei einer Zuweisung der Obhut an die Beklagte müsste sich C._____ was die Vorinstanz zurecht als dem Kindeswohl wenig förderlich erachtet hat - an einem neuen Ort und (unstrittig auch) in einer neuen Schule einleben und sich ein neues soziales Netz aufbauen; daran änderte sich auch nichts, wenn D._____ tatsächlich zur Beklagten nach U._____ ziehen würde. Dass C._____ Zuteilungswunsch in ihrem an die Vorinstanz gerichteten Schreiben für die Frage der Obhutszuweisung keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden kann, wurde bereits ausgeführt (vgl. oben).

3.4.

Zusammenfassend ist weder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung noch eine fehlerhafte Ermessensausübung (vgl. Erw. 1 oben) darin zu erblicken, dass die *Vorinstanz* C._____ unter die Obhut des Klägers (und nicht der Beklagten) gestellt hat. Dies führt zur Abweisung der Berufung der Beklagten, soweit sie für die weitere Dauer des Getrenntlebens der Parteien die Zuweisung der alleinigen Obhut an sich (und damit einhergehend die Festlegung eines Besuchs-/Ferienrechts für den Kläger) verlangt.

4.

Die *Beklagte* ficht die Unterhaltsberechnung nur für den Fall an, dass ihr die Obhut über C._____ zugeteilt würde (vgl. Berufung, S. 11, Ziff. 4.1). Auch der *Kläger* macht nur für diesen nicht eingetretenen Fall (vgl. Erw. 3.4 oben) Ausführungen zum Kinderunterhalt. Damit erübrigt es sich, auf ihre diesbezüglichen Vorbringen (*Beklagte*: Berufung, S. 11 ff.; *Kläger*: Berufungsantwort, S. 13 ff.) einzugehen.

5.

5.1.

Die *Beklagte* verlangt vom *Kläger* für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss (Fr. 4'000.00 zzgl. MwSt.), eventuell die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die *Vorinstanz* habe ihr die unentgeltliche Rechtspflege auch bewilligt und seither hätten sich ihre Einkommens- und Ausgabenverhältnisse nur unwesentlich verändert (Berufung, S. 18).

Die *Vorinstanz* hat der Beklagten mit Verfügung vom 9. August 2023 (act. 152 f.) die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Zudem wurde in Erwägung 7.3 des angefochtenen Entscheids die zivilprozessuale Bedürftigkeit der Beklagten unter Hinweis auf die Unterhaltsberechnung bejaht. Da aber die Verfügung vom 9. August 2023 keine Begründung enthält und sich der angefochtene Entscheid (Erw. 7.3) nur zur ehelichen Liegenschaft äussert, ist vorliegend *nicht* von einer "natürlichen Vermutung weiterbestehender Mittellosigkeit" auszugehen und deshalb *nicht* von einer vertieften Prüfung des neuen Gesuchs der Beklagten abzusehen (vgl. BÜHLER, in: BK-ZPO, a.a.O., N. 137 zu Art. 119 ZPO).

Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt voraus, dass der Ehegatte, der ihn verlangt, für die Finanzierung des Prozesses auf den Beistand des anderen angewiesen ist und dass der angesprochene Ehegatte zur Leistung des Vorschusses in der Lage ist. Zur Beurteilung dieser Frage werden die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 117 ZPO) geltenden Grundsätze herangezogen (vgl. Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 18. Oktober 2022 [ZSU.2022.38], Erw. 6.2.2 Abs. 2). Bedürftig ist somit, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie braucht (BGE 135 I

223 Erw. 5.1). Die prozessuale Bedürftigkeit nach Art. 117 lit. a ZPO beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Es ist seine Einkommens- und Vermögenssituation in Beziehung zur Höhe der mutmasslich anfallenden Prozesskosten zu setzen und es ist zu prüfen, ob er in der Lage ist, die zu erwartenden Prozesskosten aus seinem den zivilprozessualen Zwangsbedarf übersteigenden Einkommensüberschuss (innert absehbarer Zeit, bei weniger aufwendigen Prozessen innert Jahresfrist, bei anderen innert zweier Jahre) *oder* aus seinem Vermögen zu tilgen (BGE 141 III 372 Erw. 4.1). Die Bedürftigkeit ist glaubhaft zu machen (BÜHLER, a.a.O., N. 38 zu Art. 119 ZPO). Was die Vermögensverhältnisse betrifft, darf von einem Grundeigentümer verlangt werden, zur Bestreitung des Prozessaufwands einen Kredit auf das Grundstück aufzunehmen, soweit dieses noch belastet werden kann. Ist keine höhere Belastung möglich, stellt sich die Frage der Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Veräusserung (BGE 119 Ia 11 Erw. 5 S. 12 f.; BGE 4D_41/2009 Erw. 3). Das gilt grundsätzlich *auch* bei im Ausland gelegenen Grundstücken (LGVE 1998 I Nr. 30, S. 59). Es ist nicht Aufgabe des Staates, die Prozesskosten für Bürger zu tragen, die über "resources suffisantes" (Wortlaut von Art. 117 lit. a ZPO in der französischsprachigen Fassung) verfügen (WUFFLI, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St.Gallen 2015, S. 87 f.). Im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege trifft einen Gesuchsteller eine umfassende Mitwirkungsobliegenheit, welche zur Darstellung und soweit möglich zum Nachweis der gesamten finanziellen Situation verpflichtet (BGE 5A_6/2017 Erw. 2).

Ihr Gesuch begründet die *Beklagte* damit, dass ihr schon die Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt habe. Sie verliert aber kein Wort dazu, inwiefern es ihr nicht möglich sein sollte, sich im Zusammenhang mit der (in der Steuererklärung der Parteien nicht deklarierten) Liegenschaft in der Elfenbeinküste, die sie als ihr Eigentum beansprucht (act. 85, 94, 105 f.), flüssige Mittel für die Bestreitung der Verfahrenskosten zu beschaffen. Die Ausführungen des Klägers in der Eingabe vom 6. Juli 2023, wonach sie das Grundstück belehnen könnte (act. 125), blieben bis dato unwidersprochen resp. wurde Gegenteiliges nicht belegt. Eine Nachfrist ist der anwaltlich vertretenen Beklagten nicht einzuräumen (BGE 5A_311/2023 Erw. 3.2). Die unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär zum Anspruch auf Prozesskostenvorschuss (BGE 142 III 39 Erw. 2.3); dem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege kann nur entsprochen werden, wenn erstellt ist, dass der Gesuchsteller vom Ehegatten keinen Prozesskostenvorschuss verlangen kann (BGE 4A_412/2008 Erw. 4.1; BÜHLER, a.a.O., N. 38 zu Art. 117 ZPO). Nach dem Gesagten vermochte die *Beklagte* nicht glaubhaft zu machen, dass sie für die Finanzierung des Prozesses auf den Beistand des Klägers angewiesen ist. Damit sind sowohl ihr Gesuch um Leistung eines Prozesskostenbeitrags als auch ihr (eventuelles) Gesuch

um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen.

5.2.

Der *Kläger* verlangt für das Berufungsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege, sofern er im Berufungsverfahren kostenpflichtig würde. Dies ist nicht der Fall (vgl. Erw. 6 unten), weshalb sich die Prüfung seiner zivilprozessualen Bedürftigkeit erübrigt und sein eventuelles Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen ist.

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 ausgangsgemäss der Beklagten auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zudem hat sie dem Kläger seine zweitinstanzlichen Anwaltskosten zu ersetzen, welche gerichtlich auf (gerundet) Fr. 2'220.00 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]; Rechtsmittelabzug 25 % [§ 8 AnwT]; Auslagen pauschal Fr. 50.00 [§ 13 AnwT]; 7.7 % MwSt.).

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen.

2.

Die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 2'000.00 wird der Beklagten auferlegt.

3.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in gerichtlich festgesetzter Höhe von Fr. 2'220.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuern) zu bezahlen.

4.

Das Prozesskostenvorschussbegehren der Beklagten wird abgewiesen.

5.

Die eventuellen Gesuche der Parteien um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung im Berufungsverfahren werden abgewiesen.

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, 28. November 2023

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 5. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Brunner

Hess