

Etranger, DIP, enlèvement international, autorité parentale, procédure

Art. 301a al. 2 let. a CC ;
5 al. 2 et 7 al. 1 CLaH96 ;
3 let. a, 5 let. a et 16
CLaH80 ; 103 al. 3 LTF

Transfert du lieu de résidence de l'enfant à l'étranger (art. 301a al. 2 let. a CC) – compétence internationale et effet suspensif (art. 5 al. 2 et art. 7 al. 1 CLaH96 ; art. 3 let. a et art. 5 let. a cum art. 16 CLaH80 ; art. 103 al. 3 LTF). Lorsqu'un-e enfant déménage de manière licite avec le parent qui le/la prend principalement en charge et qui a établi un nouveau domicile dans le lieu de destination, il y a en principe un changement de la résidence habituelle de l'enfant (art. 5 al. 2 CLaH96). Toutefois, en l'espèce, l'autorité précédente a accordé l'effet suspensif à la décision autorisant le transfert de domicile à Hambourg et le changement de juridiction a dès lors été bloqué (art. 7 al. 1 CLaH96). Partant, le Tribunal fédéral est compétent pour connaître du recours du père, d'autant que celui-ci déclare avoir déposé une demande de retour d'enfant. L'effet suspensif aurait dû être accordé dans la procédure fédérale (art. 103 al. 3 LTF). Tel n'est pas le cas en l'espèce, du fait que le Tribunal fédéral statue immédiatement sur le fond. Si la juridiction suisse compétente selon l'art. 7 al. 1 CLaH96 acquiesce au déplacement, celui-ci devient licite et la possibilité d'un retour de l'enfant tombe (art. 3 let. a et art. 5 let. a cum art. 16 CLaH80) (consid. 2).

Idem. Rappel des principes (consid. 4.1 et 4.4).

Besetzung
Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter von Werdt, Bovey,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte
A.,
vertreten durch Advokatin Dr. Helena Hess,
Beschwerdeführer,

gegen

B.,
vertreten durch Rechtsanwalt Markus Henzer,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Abänderung Eheschutz,

Beschwerde gegen den Teilentscheid des Obergerichts des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer, vom 5. September 2022 (ZSU.2022.126).

Sachverhalt:

A.

Die Parteien haben eine Tochter (geb. 2016) und einen Sohn (geb. 2018). Im Rahmen eines Eheschutzverfahrens vereinbarten sie die gemeinsame Obhut mit überwiegenden Betreuungsanteilen der Mutter.

B.

Am 13. September 2021 beantragte die Mutter eine Abänderung der Unterhaltsregelung sowie die Erlaubnis im Sinn von **Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB**, mit den Kindern nach Hamburg ziehen zu dürfen.

Mit Entscheid vom 5. April 2022 stimmte das Familiengericht Zofingen der Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder zu und stellte diese unter die alleinige Obhut der Mutter, unter Regelung des Besuchsrechts des Vaters; weiter passte es den Kindes- sowie den ehelichen Unterhalt an.

Hiergegen erhob der Vater umfassend Berufung. Mit Teilentscheid vom 5. September 2022 wies das Obergericht des Kantons Aargau diese betreffend die Genehmigung der Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder und deren Unterstellung unter die alleinige mütterliche Obhut ab.

C.

Gegen diesen Teilentscheid hat der Vater am 19. Oktober 2022 beim Bundesgericht eine Beschwerde eingereicht. Ferner verlangt er die aufschiebende Wirkung, gegen welche die Mutter mit Stellungnahme vom 7. November 2022 opponiert.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig (**Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG**). Bei Eheschutzsachen, wozu auch die Abänderung von Eheschutzentscheiden gehört, handelt es sich allerdings um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von **Art. 98 BGG** (BGE 133III 393 E. 5.1; zuletzt Urteil 5A_369/2022 vom 18. Oktober 2022 E. 2.1), so dass nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich ist. Es gilt mithin das strenge Rügeprinzip im Sinn von **Art. 106 Abs. 2 BGG** und das Bundesgericht prüft in diesem Fall nur klar und detailliert erhobene Rügen, während es auf appellatorische Kritik nicht eintritt (**BGE 134 II 244 E. 2.2; 142 III 364 E. 2.4**).

2.

Während des hängigen Berufungsverfahrens hat die Mutter sich und die Kinder in der Schweiz ab- und in Hamburg angemeldet, wo sie seither auch wohnen. **Ziehen Kinder mit dem hauptbetreuenden Elternteil, welcher am Zuzugsort einen neuen Wohnsitz begründet hat, rechtmässig weg, ist in der Regel von einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes auszugehen (Art. 5 Abs. 2 HKsÜ[SR 0.211.231.011]; BGE 143 III 193 E. 2).** Indes hat das Obergericht, wie es im angefochtenen Entscheid explizit festhält, vorliegend die aufschiebende Wirkung erteilt und der Wechsel der Jurisdiktion blieb somit blockiert (**Art. 7 Abs. 1 HKsÜ**). In der Folge ist auch das Bundesgericht zur Behandlung der Beschwerde des Vaters zuständig, zumal der Vater nach eigenen Aussagen kurz vor dem obergerichtlichen Entscheid ein Rückführungsbegehren für die Kinder gestellt hat und es demnach in doppelter Hinsicht um die Aufrechterhaltung von internationalen Zuständigkeiten geht. Im bundesgerichtlichen Verfahren wäre zu diesem Zweck denn auch klarerweise die aufschiebende Wirkung zu erteilen (**Art. 103 Abs. 3 BGG; BGE 144 III 469 E. 4.2.2**). Dies unterbleibt vorliegend nur deshalb, weil an deren Stelle sofort das Urteil in der Sache gefällt wird, mit welchem gleichzeitig auch die Entführungsfrage geklärt ist: Erfolgt durch die gemäss **Art. 7 Abs. 1 HKsÜ** nach wie vor international zuständige schweizerische Jurisdiktion die **Genehmigung des Wegzuges, wird dieser rechtmässig und entfällt damit die Möglichkeit einer Rückführung der Kinder (vgl. Art. 3 lit. a und 5 lit. a i.V.m. Art. 16 HKÜ, SR 0.211.230.02)**. Dem bleibt (auch mit Blick auf das von der Mutter in Hamburg angestrebte Sorgerechtsverfahren, für welches das dortige Gericht offenbar bislang die Zuständigkeit verneint hat) anzufügen, dass das vorliegende bundesgerichtliche Urteil mit seiner Ausfällung sofort in Rechtskraft erwächst (**Art. 61**

BGG) und kein Rechtsmittel gegeben ist.

3.

Das Obergericht hat eine überwiegende Betreuung der Kinder durch die Mutter festgestellt, indem diese deutlich öfter bei ihr übernachteten als beim Vater, indem die vereinbarten Betreuungsanteile der Mutter grösser waren und indem die Kinder an den Betreuungstagen des Vaters wegen seiner zeitlichen Beanspruchung durch die Lehrerausbildung teilweise von dessen Mutter oder Partnerin betreut wurden. Weiter ist das Obergericht aufgrund des Alters der Kinder davon ausgegangen, dass sie noch mehr personen- als ortsgebunden seien und dass bei einem Umzug nach Hamburg auch nicht mit sprachlichen Schwierigkeiten zu rechnen sei. Im Übrigen würden verschiedene Verwandte der Mutter in der dortigen Umgebung leben (Grossmutter, Tante, Onkel und Cousinen der Kinder), welche diesen aufgrund regelmässiger Besuche auch bereits bekannt seien. Per August 2022 habe die Mutter in Hamburg eine 3-Zimmer-Wohnung mit 92,8 m² gemietet und bereits eine Kita bzw. eine Ganztageschule für die Kinder organisiert. Was den väterlichen Vorwurf anbelange, dass die Kinder in Hamburg primär fremdbetreut würden, seien keine spezifischen Bedürfnisse für eine Eigenbetreuung bekannt und im Übrigen fände auch keine wesentlich umfangreichere persönliche Betreuung statt, wenn die Kinder in der Schweiz bleiben und dem Vater zugeteilt würden. Im Zusammenhang mit dem Antrag auf ein Erziehungsgutachten hat das Obergericht befunden, dass keine Anhaltspunkte für eine Bindungsintoleranz der Mutter bestünden und langwierige Abklärungen nur bei besonderen Umständen gerechtfertigt wären; zwar sei es bedenklich, wenn die Mutter trotz der gewährten aufschiebenden Wirkung bereits mit den Kindern umgezogen sei; indes habe sie (wenn auch unvorsichtig) auf den erstinstanzlichen Entscheid vertraut.

4.

Die Vorbringen in der Beschwerde lassen eine kohärente Abfolge vermissen. Sie sind dahingehend in einer systematisierten Weise zu behandeln, als nach einer kurzen Darstellung der Rechtslage (dazu E. 4.1) und Ausscheidung der appellatorischen Vorbringen (dazu E. 4.2) zuerst die Rügen im Zusammenhang mit der bisherigen Betreuungssituation in der Schweiz (dazu E. 4.3) und sodann diejenigen betreffend die künftige Betreuung bei der Mutter oder dem Vater unter der Hypothese des Wegzuges der Mutter zu behandeln sind (dazu E. 4.4).

4.1. Die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes der Kinder ins Ausland bedarf bei gemeinsamer elterlicher Sorge der Zustimmung des anderen Elternteils oder des zuständigen Gerichts (Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB). Für die gerichtliche Entscheidung sind weder die Motive des wegzugswilligen Elternteils zentral noch die Frage entscheidend, ob es für das Kind vorteilhafter wäre, wenn beide Elternteile am angestammten Ort verbleiben würden. Relevant ist vielmehr, ob sein Wohl besser gewahrt ist, wenn es mit dem wegzugswilligen Elternteil mitgeht oder wenn es beim zurückbleibenden Elternteil wohnt. Bei der Beantwortung dieser Frage bildet das bisherige Betreuungsmodell den Ausgangspunkt. Während bei vergleichbarer alternierender Betreuung die Ausgangslage gewissermassen neutral ist, wird durch die Erlaubnis des Wegzuges gemeinsam mit dem bislang hauptbetreuenden Elternteil das Kindeswohl in der Regel besser gewahrt, insbesondere bei kleineren Kinder, die noch mehr personen- als umgebungsorientiert sind (zum Ganzen: BGE 142 III 481 E. 2.6 und 2.7, 502 E. 2.5).

4.2. Gewisse Ausführungen des Vaters bleiben appellatorisch und sind damit nicht zu hören (vgl. E. 1). Dies gilt namentlich für das Vorbringen, 2020/2021 während eines Jahres krank gewesen zu sein und deshalb die Kinder ebenfalls viel betreut zu haben, sowie für den Vorwurf, das Obergericht hätte sich nicht von den Fakten treiben lassen (Umzug trotz gewährter aufschiebender Wirkung) und den Entscheid nicht derart beförderlich fällen dürfen. Ebenfalls appellatorisch bleibt das Vorbringen, das Obergericht habe die Auswanderungsmotive der Mutter nicht geprüft, welche auf Entfremdung der Kinder zielten; abgesehen von den fehlenden Verfassungsprüfungen stehen die Auswanderungsmotive grundsätzlich auch nicht zur Debatte (vgl. E. 4.1; BGE 142 III 481 E. 2.5).

4.3. Was die bisherige Betreuung der Kinder in der Schweiz anbelangt, bezieht sich die Hauptkritik auf den erstinstanzlichen statt auf den obergerichtlichen Entscheid, welcher allein das Anfechtungsobjekt im bundesgerichtlichen Verfahren bildet (vgl. **Art. 75 Abs. 1 BGG**). Nicht zu hören sind deshalb die Ausführungen des Vaters, wonach er in einer umfangreichen Eingabe vom 15. November 2021 an die erste Instanz bzw. in den dortigen Beilagen dargelegt habe, dass die Grossmutter jeweils mehrere Monate in der Türkei gewesen sei und sich deshalb an seinen Betreuungstagen gar nicht um die Kinder habe kümmern können (wobei andernorts in der Beschwerde wiederum festgehalten wird, die Grossmutter habe sich ab Geburt um die Kinder gekümmert und angesichts der engen Bindung verursache das Wegreissen von der Grossmutter bei den Kindern grosse seelische Qualen).

Im Anschluss wird allerdings auch direkt gegenüber dem Obergericht der Vorwurf erhoben, die betreffende in den Akten liegende Eingabe an die erste Instanz bzw. die dortigen Beilagen unberücksichtigt gelassen zu haben. Indes reicht der abstrakte Verweis auf eine kantonale Eingabe und dortige Beilagen nicht zur Substanziierung einer Willkürüge. Das Obergericht hat ausgeführt und überdies in einer Tabelle auf S. 14 des angefochtenen Entscheides dargestellt, dass die Kinder eine deutliche Mehrheit der Nächte bei der Mutter verbracht haben, dass diese gemäss der genehmigten Vereinbarung grössere Betreuungsanteile hatte und dass die Kinder an den Betreuungstagen des Vaters teils durch die Grossmutter oder die Partnerin betreut worden sind. Der Vater müsste vor diesem Hintergrund spezifisch aufzeigen, inwiefern diese drei Kernelemente der obergerichtlichen Sachverhaltsfeststellung willkürlich sein sollen, wofür die pauschale Aussage, das Obergericht habe auf aktenwidrige Behauptungen der Mutter abgestellt, nicht reicht, umso weniger als es um objektivierte Feststellungen geht. Indem diesbezüglich substanziierte Willkürürügen unterbleiben, hat es bei der (willkürfreien) Sachverhaltsfeststellung im angefochtenen Entscheid sein Bewenden, wonach die Mutter in der Schweiz die Hauptbetreuungsperson der Kinder war.

4.4. Was die Betreuungskonzepte unter der Hypothese des Wegzuges der Mutter nach Hamburg anbelangt, bezieht sich die Hauptkritik wiederum primär auf den erstinstanzlichen statt auf den obergerichtlichen Entscheid, indem der Vater vorbringt, die Mutter habe die erste Instanz hinters Licht geführt und wahrheitswidrig vorgebracht, die Kinder in Hamburg in erster Linie selbst zu betreuen. Massgeblich ist aber wie erwähnt der vorinstanzliche Entscheid und das Obergericht hat in diesem die nunmehr praktizierte weitgehende Fremdbetreuung der Kinder in einer Kita bzw. einer Ganztageschule in Hamburg thematisiert und gewürdigt. Es wäre deshalb mit substanziierten Rügen darzulegen, inwiefern die betreffenden obergerichtlichen Erwägungen nicht vor dem Willkürverbot standhalten sollen.

Darauf dürfte sich sinngemäss das Vorbringen des Vaters beziehen, es werde mit zweierlei Ellen gemessen, wenn ihm vorgeworfen werde, dass er die Kinder angesichts seiner Ausbildung zum Lehrer und seiner parallelen Unterrichtstätigkeit weitgehend nicht selbst betreuen könnte, dies aber bei der Mutter offenbar keine Rolle spiele. Er habe ebenfalls ein Betreuungskonzept vorgelegt; aufgrund der Möglichkeit, bereits während seiner Lehrerausbildung unterrichten zu können, müsse er nicht mehr so viele Ausbildungslektionen belegen und er könne diese überdies per Video verfolgen, was ihm viel Betreuungszeit ermöglichen würde. Im Übrigen habe das Bundesgericht unzählige Male entschieden, dass eine alternierende Obhut für die Kinder das Beste sei.

Mit diesen Ausführungen ist keine Willkür dargelegt: Das letztgenannte Argument geht insofern an der Sache vorbei, **als die Aufrechterhaltung einer alternierenden Obhut angesichts der Distanz der elterlichen Haushalte von rund 1000 km nicht möglich ist und die Niederlassungsfreiheit der Elternteile einem Interesse der Kinder an alternierender Betreuung vorgeht (vgl. E. 4.1; BGE 142 III 481 E. 2.5 und 2.6)**. Die Ausführungen zu den Ausbildungslektionen und deren Verfolgung per Video, womit der Vater die Sachverhaltsbasis für die Behauptung einer weitgehenden Eigenbetreuung schaffen möchte, sind neu und damit nicht zu hören (**Art. 99 Abs. 1 BGG**); der Vater müsste aufzeigen, dass und an welcher Stelle er all dies bereits im vorstanzlichen Verfahren behauptet, das Obergericht dies aber in willkürlicher Weise nicht berücksichtigt hätte. Schliesslich trifft das

Argument der "zwei Ellen" nicht die Erwägungen des angefochtenen Entscheides, denn das Obergericht hat die in der Vergangenheit erfolgte überwiegende Betreuung durch die Mutter im Kontext mit der Bestimmung der Hauptbezugsperson im Zeitpunkt der geplanten Auswanderung erwähnt, ist aber für die Zukunft davon ausgegangen, dass beide Elternteile gleichermassen auf weitgehende Fremdbetreuung angewiesen sind.

4.5. Entscheidend für die Gesamtbetrachtung ist, dass das Obergericht von einer bisher überwiegenden Betreuung durch die Mutter und auf dieser Basis davon ausgegangen, dass es angesichts des Alters der Kinder für diese besser sei, wenn sie bei der bisherigen Hauptbetreuungsperson bleiben könnten, zumal die zukünftigen Betreuungskonzepte der Eltern ähnlich aussehen würden, indem sowohl die Mutter als auch der Vater auf eine relativ umfassende Fremdbetreuung angewiesen seien. Was an diesen Erwägungen willkürlich sein soll, wird wie gesagt nicht mit hinreichenden Rügen aufgezeigt.

Nichts zur Sache tun schliesslich die auf Stimmungsmache zielenden Aussagen, die Gleichberechtigung der Väter werde durch die willkürliche Würdigung der überholten Betreuung in weite Ferne gerückt und der angefochtene Entscheid habe ihm das Herz gebrochen. Es ist verständlich, dass der Vater die Kinder vermisst und sie gerne betreuen statt nur im Rahmen eines Besuchs- und Ferienrechts sehen würde. Indes hat das Obergericht nirgends geschlechterbezogen argumentiert, sondern ist aufgrund verschiedener (nach dem Gesagten willkürfreier) Sachverhaltsfeststellungen davon ausgegangen, dass die Mutter bis zum Wegzug die Hauptbetreuungsperson der Kinder gewesen sei. Seine weiteren Erwägungen gehen von dieser Feststellung aus und wie gezeigt vermag der Vater auch diesbezüglich keinen Verstoß gegen das Willkürverbot darzulegen.

5.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Mit dem sofortigen Urteil in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

6.

Die Gerichtskosten sind dem Vater aufzuerlegen (**Art. 66 Abs. 1 BGG**) und dieser hat die Mutter für die Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung zu entschädigen (**Art. 68 Abs. 2 BGG**).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin mit Fr. 1'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer, mitgeteilt.

Lausanne, 17. November 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli