



5A_47/2017

Urteil vom 6. November 2017

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Julian Burkhalter,
Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,
vertreten durch Fürsprecher Dr. Guido Fischer,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Eheschutz,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts
des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer, vom
15. Dezember 2016 (ZSU.2016.305 / FH / RD).

Sachverhalt:

A.

B._____ und A._____ (beide Jahrgang 1992) heirateten 2010. Sie haben die gemeinsamen Kinder C._____ (Jahrgang 2011) und D._____ (Jahrgang 2012). Anfang Juli 2016 zog die Mutter mit den Kindern während einer Abwesenheit des Vaters heimlich von der ehelichen Wohnung in U._____ (Kt. AG) nach Bellinzona.

B.

Wenige Tage nach dem Wegzug beantragte die Mutter mit Eheschutzgesuch vom 15. Juli 2016 die Bewilligung des Getrenntlebens, die Zuweisung der ehelichen Wohnung an den Ehemann, die Belassung der elterlichen Obhut über die Kinder bei ihr, das einstweilige Absehen von einem Besuchsrecht und die Erteilung der Befugnis an die Beiständin zur Organisation eines begleiteten Besuchsrechts, ein Verbot an den Vater sich ihr und den Kindern auf weniger als 200 m zu nähern oder Kontakt aufzunehmen (telefonisch, schriftlich, etc.), das Festsetzen von Unterhaltsbeiträgen sowie die Verpflichtung zur Auskunftserteilung über die finanziellen Verhältnisse. Der Vater verlangte seinerseits die Feststellung der ehewidrigen Auflösung des gemeinsamen Haushaltes und die Obhut über die Kinder.

Mit Entscheid vom 28. September 2016 stellte das Bezirksgericht Bremgarten die Auflösung des ehelichen Haushaltes und die diesbezügliche Berechtigung fest, wies die eheliche Liegenschaft dem Ehemann zu, stellte die beiden Kinder unter die Obhut der Mutter, erteilte dieser die Weisung, bis zum 1. Februar 2017 ihren Wohnsitz gemeinsam mit den Kindern in einen Umkreis von 1,5 Stunden mit den öffentlichen Verkehrsmitteln von U._____ zu verlegen, erklärte den Vater für berechtigt, bis dahin die Kinder jeden zweiten Sonntag, 13-18 Uhr, in Bellinzona zu besuchen und jährlich vier Wochen Ferien mit ihnen zu verbringen sowie ab dem Umzug von Mutter und Kindern in den Umkreis von U._____ diese jeden zweiten Sonntag, 10-18 Uhr, zu sich auf Besuch zu nehmen und jährlich mit ihnen vier Wochen Ferien zu verbringen. Weiter verfügte es Kinderunterhaltsbeiträge von je Fr. 215.-- ab November 2016 und von je Fr. 500.-- ab April 2017, zzgl. Kinderzulagen, und stellte fest, dass der Ehemann derzeit nicht in der Lage ist, ehelichen Unterhalt zu leisten.

Gegen diesen Entscheid erhoben beide Seiten Berufung, wobei der Vater nicht mehr die Obhut über die Kinder, sondern ein Besuchsrecht an jedem Sonntag und ein Ferienrecht von vier Wochen verlangte; fer-

ner ersuchte er um Feststellung, dass er momentan nicht in der Lage sei, Kindesunterhalt zu bezahlen.

Mit Entscheid vom 15. Dezember 2016 hob das Obergericht des Kantons Aargau die Verpflichtung der Mutter, mit den Kindern in den Umkreis von U._____ zurückzukehren, ersatzlos auf. Es gewährte dem Vater ein Besuchsrecht an jedem zweiten Sonntag, 10-18 Uhr, unter Verpflichtung der Mutter, die Kinder alternierend (d.h. an jedem vierten Sonntag) um 10 Uhr am Treffpunkt Zürich HB zu übergeben und um 18 Uhr dort wieder in Empfang zu nehmen, sowie ein Ferienrecht von zwei Wochen pro Jahr ab Eintritt in die Schulpflicht. Sodann verpflichtete es ihn zu Kinderunterhaltsbeiträgen von je Fr. 215.-- ab November 2016 und von je Fr. 410.-- ab April 2017, zzgl. Kinderzulagen. Im Übrigen wies es die Berufungen ab, soweit es darauf eintrat.

C.

Gegen den obergerichtlichen Entscheid hat A._____ am 23. Januar 2017 eine Beschwerde in Zivilsachen bzw. subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben mit den Begehren, die Mutter sei zu verpflichten, mit den Kindern ab Februar 2017, eventualiter ab April 2017, in einem Radius von 1,5 Stunden ab U._____ Wohnsitz zu nehmen, es sei ihm ein Besuchsrecht an jedem Sonntag, 10-18 Uhr, mit Übergabeort der Kinder am Hauptbahnhof Zürich und ab Eintritt der Kinder in die Schulpflicht ein Ferienrecht von vier Wochen einzuräumen und es sei festzustellen, dass er (abgesehen von den Kinderzulagen) nicht in der Lage sei, Kindesunterhalt zu leisten. Ferner verlangte er die unentgeltliche Rechtspflege.

Mit Präsidialverfügung vom 26. Januar 2017 wurde das die Rückkehranordnung betreffende Gesuch um aufschiebende Wirkung als Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen während des bundesgerichtlichen Verfahrens entgegengenommen und abgewiesen.

Mit Vernehmlassung vom 16. Februar 2017 schloss die Mutter auf Abweisung der Beschwerde. Ferner verlangte auch sie die unentgeltliche Rechtspflege. Am 2. bzw. 14. März 2017 reichten die Parteien eine Replik bzw. eine Duplik ein.

Gegenstand des parallelen Verfahrens 5A_168/2017 bildet die angebliche Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung durch das Bezirksgericht.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist der kantonal letztinstanzliche Entscheid in einer Zivilsache; dagegen steht die Beschwerde in Zivilsachen offen (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG). Damit ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, wie es bereits ihr Name sagt, nicht gegeben (Art. 113 BGG).

Eheschutzentscheide stellen vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG dar (BGE 133 III 393 E. 5.1 S. 397), weshalb einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann. Es ist mithin nicht nur in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG), was eine Auseinandersetzung mit der Begründung des angefochtenen Entscheides erfordert (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116), sondern es kommt überdies das strenge Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG zum Tragen (BGE 134 I 83 E. 3.2 S. 88). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene Verfassungsrügen prüft, während es auf ungenügend substantiierte Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt; ausserdem ist aufzuzeigen, inwiefern die Behebung der aufgezeigten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266). Willkür liegt indes nicht bereits dann vor, wenn der angefochtene Entscheid sich nur in der Begründung als unhaltbar erweisen sollte; eine Aufhebung rechtfertigt sich vielmehr erst dann, wenn er auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 134 I 140 E. 5.4 S. 148; 137 I 1 E. 2.4 S. 5; 141 I 70 E. 2.2 S. 72).

Die Beschwerdegegnerin äussert sich in ihrer Vernehmlassung kaum zur Sache, sondern beschränkt sich im Wesentlichen darauf, die Argumente des vorinstanzlichen Entscheides als richtig zu bezeichnen und zu den in der Beschwerde erhobenen Rügen zu bemerken, diese würden den soeben dargelegten Substanziierungsanforderungen nicht genügen. Indes werden die Ausführungen der Beschwerde den an Verfassungsrügen zu stellenden Begründungsanforderungen gerecht. Auf Einzelheiten wird im Sachkontext zurückzukommen sein.

2.

Das Bezirksgericht hat erwogen, der einzige Grund des heimlich erfolgten Wegzuges nach Bellinzona habe darin bestanden, dem Vater die Kinder zu entziehen. Indes bestehe zivilrechtlich keine Möglichkeit,

den bereits vor Einreichung des Eheschutzgesuches in Verletzung von Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB erfolgten Umzug der Kinder rückgängig zu machen, und eine Obhutsteilung sei angesichts des bisherigen Familienmodells sowie der besonderen Arbeitszeiten des Vaters und des fehlenden Betreuungskonzeptes trotz der beidseits ohne Einschränkung gegebenen Erziehungsfähigkeit und der Tatsache, dass auch der Vater die Kinder in grösserem Umfang betreut habe, nicht angezeigt. Wegen des bei einem Wohnsitz in Bellinzona kaum durchführbaren Besuchsrechts, welches der Vater aufgrund seiner Arbeitszeiten nur am Sonntag wahrnehmen könne, und der drohenden Gefahr, dass die noch sehr kleinen Kinder im Tessin die deutsche Sprache verlernen und sich irgendwann nicht mehr gut mit ihrem Vater verständigen könnten, bestehe indes eine Gefährdung des Kindeswohls, welcher dadurch zu begegnen sei, dass der Mutter entsprechend dem väterlicherseits gestellten Rechtsbegehren gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung zu erteilen sei, den Aufenthaltsort der Kinder in eine Entfernung von 1,5 Std. ab U._____ zu verlegen. Ferner hat das Bezirksgericht erwogen, dass dem Vater angesichts des eher gering ausfallenden Besuchsrechts ein grosszügigeres Ferienrecht von vier Wochen pro Jahr einzuräumen sei.

Das Obergericht hat die in BGE 142 III 481 und 142 III 502 entwickelte Rechtsprechung zur Verlegung des Aufenthaltsortes gemeinsamer Kinder wiedergegeben und im Anschluss erwogen, die vom Bezirksgericht vorgenommene Zuweisung der alleinigen Obhut über die Kinder an die Mutter beinhalte, dass diese mit ihnen in häuslicher Gemeinschaft zusammenleben und sie betreuen dürfe. Weil die Obhutsteilung inzwischen rechtskräftig und überdies der Umzug des betreuenden Elternteils zu respektieren sei, sei gleichzeitig über die Zustimmung zur Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder entschieden, weshalb die hiergegen vom Vater vorgebrachten Argumente nicht zu hören und es im Übrigen widersprüchlich sei, wenn das Bezirksgericht trotz Obhutsteilung an die Mutter befunden habe, die Zustimmung zum Wegzug sei zu verweigern. Immerhin habe das Bezirksgericht die Weisung zur Rückkehr nicht im Sinn einer Sanktion wegen Verletzung von Art. 301 Abs. 2 lit. b ZGB, sondern als auf Art. 307 ZGB gestützte Kindesschutzmassnahme erlassen. Hierfür gälten aber die Prinzipien der Subsidiarität, Komplementarität und Proportionalität. Eine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls durch die Ortsveränderung und die bevorstehende Einschulung im Tessin sei nicht ersichtlich. Sinngemäss gelte dies auch für das Besuchsrecht. Nach den Aussagen der Mutter seien die Kinder fliessend zweisprachig und der Vater habe dies für die ältere Tochter selbst festgehalten. Zwar würden die Kinder

im Tessin mit ihrer italienischstämmigen Mutter in einem italienischsprachigen Umfeld wohnen. Nachdem sie aber bereits jetzt beide Sprachen sprechen würden, sei naheliegend, dass sie die deutsche Sprache nicht vollständig verlernen würden und sich deshalb auch in Zukunft mit dem Vater verständigen könnten. Eine Verpflichtung zur Rückkehr sei damit nicht angezeigt und ersatzlos aufzuheben. Der grösseren Distanz sei vielmehr durch eine angepasste Regelung des persönlichen Verkehrs Rechnung zu tragen. Praxisgemäss sei im Vorschulalter ein Besuchsrecht von zwei Halbtagen pro Monat einzuräumen. Bei Kindern im Schulalter gelte grundsätzlich die Regel eines Besuchsrechts an jedem zweiten Wochenende und eines Ferienrechts von zwei Wochen pro Jahr. Für die Beschränkung des Besuchsrechts, soweit in Bellinzona ausgeübt, auf einen Halbttag, wie von der Mutter verlangt, gebe es keine genügende Begründung. Umgekehrt genüge aber auch der Hinweis des Vaters auf die bislang partnerschaftlich wahrgenommene Kinderbetreuung und die drohende Entfremdung nicht für das von ihm verlangte Besuchsrecht an jedem Sonntag. Ferner sei die vom Bezirksgericht angeordnete Ausdehnung des Ferienrechts von den gerichtsüblichen zwei auf vier Wochen nicht angezeigt, weil das Besuchsrecht keineswegs als eher gering, sondern als üblich anzusehen sei. Überdies werde das Ferienrecht praxisgemäss erst ab Eintritt ins Schulalter zugesprochen; auch insofern sei der erstinstanzliche Entscheid anzupassen. Der Antrag auf Regelung der Besuche an Ostern, Weihnachten, Pfingsten und Neujahr sei nicht begründet und somit unzulässig. Was den Übergabeort anbelange, habe sich die Mutter an der Milderung der Unzukömmlichkeiten, wie sie mit dem ohne zwingenden Grund erfolgten Wegzug in den Tessin entstanden seien, zu beteiligen, indem sie zu verpflichten sei, die Kinder an den Besuchssonntagen alternierend am Treffpunkt des Hauptbahnhofes Zürich zu übergeben und am Abend wieder abzuholen.

3.

Vorweg macht der Beschwerdeführer geltend, das Obergericht habe sich entgegen der betreffenden bezirksgerichtlichen Feststellungen und in Missachtung seiner Ausführungen in der Berufungsantwort mit dem mütterlichen Rechtsmissbrauch nicht auseinandergesetzt.

3.1 In diesem Zusammenhang rügt der Beschwerdeführer die Verletzung der aus dem rechtlichen Gehör fliessenden Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV).

Die Begründungspflicht verlangt, dass im Entscheid wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden müssen, von denen sich das Ge-

richt hat leiten lassen und auf welche sich der Entscheid stützt (BGE 139 V 496 E. 5.1 S. 503 f.; 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253).

Das Obergericht hat in Zitierung von BGE 142 III 481 E. 2.5 und 2.6 S. 488 ff. sowie BGE 142 III 502 E. 2.5 S. 511 festgehalten, dass die Wegzugsfreiheit des Elternteils zu respektieren sei und die Motive für den Wegzug nicht zur Debatte stünden, zumal sie kaum justiziabel seien; die entscheidende Frage sei einzig, wo die Kinder unter der Hypothese des Wegzuges besser aufgehoben seien (angefochtener Entscheid, S. 12).

Dies stellt eine den erwähnten Anforderungen genügende Begründung dar, wieso keine – bzw. nur indirekt im Zusammenhang mit den Besuchsrechtsmodalitäten (angefochtener Entscheid, S. 20) – Sachverhaltsfeststellungen betreffend die Wegzugsmotive getroffen wurden. Ob sie inhaltlich Bestand haben kann, wenn die Mutter selbst festhielt, dass sie sich ein Leben mit den Kindern allein vorstelle und nur deshalb in den Tessin gezogen sei (vgl. E. 3.2), so dass die Wegzugsmotive gar nicht umstritten und zu erforschen waren, ist eine Frage, die mit entsprechend begründeten Willkürrügen anzugehen ist (dazu sogleich).

3.2 Der Beschwerdeführer rügt im Zusammenhang mit dem faktischen Übergehen seiner Vorbringen, wonach die Mutter rechtsmissbräuchlich gehandelt habe, eine Verletzung des Willkürverbotes (Art. 9 BV). Er macht geltend, dass die Mutter zur Begründung selbst festgehalten habe, wenn es nach ihr gegangen wäre, wäre sie nicht in den Tessin gezogen, sie habe auf ihre Kinder geschaut, damit diese frei und normal leben könnten (HV-Protokoll, S. 14), sie stelle sich ihre Zukunft mit den Kindern alleine vor (HV-Protokoll, S. 16).

Das Bezirksgericht hatte ausgehend von diesen Aussagen der Mutter und den weiteren Feststellungen, wonach sie keinen Bezug zu Bellinzona hat (sie hat dort nie gelebt, keine Verwandte, keinen Partner und ist dort auch nicht arbeitstätig) und sich ihre Familie in V._____ befindet, weshalb die Kinder mit dem Wegzug nicht nur den Vater, sondern auch die Grosseltern bzw. die Grossmutter verloren hätten, festgehalten, es scheine, als liege der einzige Grund des Wegzugs darin, den persönlichen Kontakt der Kinder zum Vater zu vereiteln, was mit dem Kindeswohl nicht vereinbar sei (erstinstanzliches Urteil, S. 13).

Im Zusammenhang mit der Wegzugsfrage bzw. den sich aus dem zivilrechtlich unerlaubten Wegzug (vgl. Art. 301a Abs. 1 und Abs. 2 lit. b ZGB) ergebenden Konsequenzen hat das Obergericht diese Feststellungen nicht in seinen Entscheid überführt und die betreffenden Ausführungen des Vaters als unbeachtlich angesehen. Willkürlich ist eine getroffene oder unterlassene Sachverhaltsfeststellung freilich erst dann, wenn dies konkrete Auswirkungen hat, d.h. wenn sich der auf dieser Basis getroffene Entscheid auch im Ergebnis als willkürlich erweist (vgl. E. 1). Dies ist vorliegend nicht der Fall (vgl. E. 5 und 6.3).

4.

Was die Frage des Aufenthaltsbestimmungsrechtes und die Auslegung von Art. 301a ZGB anbelangt, geht der Beschwerdeführer zu Recht davon aus, dass das Obergericht den Inhalt der betreffenden Norm in grundlegender Weise verkannt hat, wenn es die Auffassung vertritt, mit der Obhut zuteilung an die Mutter habe das Bezirksgericht die Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder gleichsam bewilligt. Eines der Kernelemente der Sorgerechtsnovelle war, das Aufenthaltsbestimmungsrecht von der Obhut zu lösen (zur früheren Rechtslage vgl. insbesondere BGE 120 Ia 260 E. 2a S. 263; 128 III 9 E. 4a S. 10; 136 III 353 E. 3.2 S. 356) und als direkte Komponente des Sorgerechts auszugestalten (vgl. Botschaft, BBl 2011 9107); dies findet Ausdruck in Art. 301a Abs. 1 ZGB. Indem das Obergericht das Aufenthaltsbestimmungsrecht weiterhin an der Obhut aufhängt und damit den mit der Sorgerechtsrevision herbeigeführten Paradigmenwechsel ignoriert, wendet es die betreffende Norm willkürlich an, wie der Beschwerdeführer im Einzelnen zutreffend aufzeigt; allein massgeblich für die Frage der Aufenthaltsbestimmung ist die Sorgerechtslage.

Steht ein Kind – wie vorliegend – unter der gemeinsamen elterlichen Sorge, heisst dies freilich nicht durchwegs, dass der Elternteil, welcher den Aufenthaltsort der Kinder verlegen will, auf die Zustimmung des anderen Elternteils bzw. auf behördliche oder gerichtliche Genehmigung angewiesen ist, obwohl Art. 301a Abs. 1 ZGB dies nahelegen würde. Dies trifft einzig auf die von Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB geregelte Auswanderung zu. Hingegen bedarf gemäss Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB die binnenstaatliche Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder nur dann der Zustimmung, wenn dies eine erhebliche Auswirkung auf die Ausübung der elterlichen Sorge oder des Besuchsrechts hat. Dass dies vorliegend zutrifft – insbesondere die erheblichen Auswirkungen auf die Ausübung des väterlichen Besuchsrechts sind unverkennbar (vgl. dazu E. 7), aber auch im Zusammenhang mit der Ausübung der elterlichen Sorge sind die erheblichen Auswirkungen zu

bejahen (vgl. dazu E. 6.4) –, wird von keiner Seite in Frage gestellt. Der Umzug der Kinder in den Tessin hätte deshalb der Zustimmung des Vaters bedurft und die Mutter hat durch ihr eigenmächtiges Handeln dessen Aufenthaltsmitbestimmungsrecht verletzt, welches ihm als Sorgerechtsinhaber zustand.

5.

Das Obergericht baut seine weiteren Erwägungen im Wesentlichen auf den Umstand, dass die Missachtung von Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB bereits vor der Einleitung des Verfahrens durch heimliche Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder während einer Abwesenheit des Vaters erfolgt ist. Indes sieht Art. 301a ZGB auch bei einer Verletzung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, die während hängigem Verfahren oder im Nachgang zu einem den Wechsel des Aufenthaltsortes nicht genehmigenden Entscheid erfolgt, keine zivilrechtliche Sanktion vor (zur Sanktionslosigkeit der Norm siehe SCHWENZER/COTTIER, Basler Kommentar, N. 16 und 18 zu Art. 301a ZGB; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Berner Kommentar, N. 49 zu Art. 301a ZGB; BUCHER, Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, in: Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Zürich 2013, Rz. 150 und 180; BÜCHLER/MARANTA, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter vom 11. August 2014, Rz. 91; FASSBIND, Inhalt des gemeinsamen Sorgerechts, der Obhut und des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Lichte des neuen gemeinsamen Sorgerechts als Regelfall, in: AJP 2014, S. 699; MAZENAUER, Elterliche Sorge, Obhut, Aufenthaltsbestimmungsrecht und Kindesentführung, in: Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Zürich 2014, S. 273; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5. Aufl., Genf 2014, Rz. 879). Mit anderen Worten gibt Art. 301a Abs. 2 ZGB unabhängig vom Zeitpunkt, in welchem der Aufenthaltsort der Kinder verlegt wird, dem anderen Elternteil keine zivilrechtliche Möglichkeit, die betreffenden Handlungen effektiv zu verhindern oder rückgängig zu machen.

Indirekt eine Sanktionierung bewirken könnte eine Obhutsumteilung, wie sie im Zusammenhang mit dem auf missbräuchlichen Motiven beruhenden Wegzug des hauptbetreuenden Elternteils allenfalls zu prüfen ist (Art. 301a Abs. 5 ZGB; BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 495; 142 III 502 E. 2.5 S. 511). Das setzt indes voraus, dass das Kind angesichts der gesamten Umstände beim anderen Elternteil besser aufgehoben wäre und dieser das Kind auch tatsächlich betreuen kann und will (BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 495). Dass dies vorliegend der Fall sein könnte, hat schon das Bezirksgericht verneint (besondere Arbeitszeiten des Vaters, fehlendes Betreuungskonzept, etc.), und der Vater

verlangte die Obhutszuteilung bereits im Berufungsverfahren nicht mehr, weshalb die betreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid an der Sache vorbeigehen.

6.

Zur Diskussion steht allein die in der Beschwerde breit angelegte und im folgenden zu prüfende Frage einer auf Art. 307 Abs. 3 ZGB gestützten Weisung an die Mutter betreffend den Aufenthaltsort der Kinder.

Die Möglichkeit einer entsprechenden Massnahme wird im Zusammenhang mit Art. 301a ZGB in der Literatur im befürwortenden Sinn diskutiert (AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N. 28 zu Art. 301a ZGB; BUCHER, a.a.O., Rz. 148 und 181; MAZENAUER, a.a.O., S. 273; MEIER/STETTLER, a.a.O., Rz. 875 und 881; CANTIENI/BIDERBOST, Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in: FamPra.ch 2015, S. 793). Es ist jedoch zu beachten, dass es sich dabei nicht um ein den Wegzugsentscheid nach Art. 301a ZGB begleitendes Instrument handelt, mit welchem sich ein aus der Gebotsmissachtung oder aus einem rechtsmissbräuchlichen Vorgehen ergebender elterlicher Handlungsunwert sanktionieren liesse (vgl. analog für die Sorgerechtszuteilung BGE 142 III 197 E. 3.7 S. 201). Vielmehr geht es um eine Kindesschutzmassnahme, bei welcher ausschliesslich die Frage der Kindeswohl*gefährdung* Prüfungsgegenstand und auch Prüfungsmassstab ist. Die auf Art. 301a Abs. 1 ZGB basierende Wegzugsautonomie der Elternteile (BGE 142 III 481 E. 2.4-2.6 S. 487 ff.; 142 III 502 E. 2.5 S. 511) bleibt deshalb grundsätzlich unberührt. Höchstens indirekt kann eine Rückwirkung auf die Niederlassungsfreiheit gegeben sein insofern, als gegebenenfalls eine Platzierung der Kinder anders als im Haushalt des wegzugswilligen Elternteils nicht in Frage kommt, die Veränderung des Aufenthaltsortes die Kinder in unmittelbare Gefahr gebracht hat und das Rückgängigmachen der Ortsveränderung diese Gefahr beseitigen würde. Eine solche Konstellation wird in der Praxis der absolute Ausnahmefall sein und der Anwendungsbereich von Art. 307 Abs. 3 ZGB ist entsprechend klein.

Ob vor dem Hintergrund des soeben Gesagten die obergerichtliche Verneinung einer Kindeswohl*gefährdung* gegen das Willkürverbot verstösst, ist im Folgenden zu prüfen.

6.1 Das Obergericht hat die auf Art. 307 Abs. 3 ZGB gestützte bezirksgerichtliche Weisung ersatzlos gestrichen mit der Begründung, im

Zusammenhang mit der Aufenthaltsbestimmung sei die Interventionschwelle von Art. 310 ZGB zu beachten und mithin nur bei einer auf Extremfälle beschränkten Kindeswohlgefährdung einzuschreiten, etwa bei einem Wegzug in ein Krisengebiet. Vorliegend sei für die Kinder aufgrund des Wegzuges in den Tessin keine Gefährdung ersichtlich, auch nicht im Zusammenhang mit allfälligen anfänglichen Integrationschwierigkeiten der Kinder oder mit dem erschwerten Besuchsrecht des Vaters, weil die Kinder zweisprachig seien und folglich die deutsche Sprache nicht mehr verlieren würden, so dass sie weiterhin guten Kontakt zum Vater pflegen könnten.

6.2 Diesbezüglich rügt der Beschwerdeführer eine mit der willkürlichen Ausblendung des von der Mutter herbeigeführten Rechtsmissbrauches verbundene willkürliche Anwendung von Art. 307 Abs. 3 ZGB. Insbesondere sei bei Rechtsmissbrauch entgegen den sinngemässen Ausführungen des Obergerichts nicht nur eine allfällige Obhutsumteilung, sondern als mildere Massnahme auch der Erlass von Weisungen im Sinn von Art. 307 Abs. 3 ZGB zu prüfen. Vorliegend führe insbesondere der Wechsel der Hauptsprache zu einer wesentlichen Veränderung; im Gegensatz zum Obergericht sei davon auszugehen, dass die Kinder angesichts ihres Alters die Deutschkenntnisse schnell verlernen würden und deshalb eine Entfremdung drohe, obwohl er vorher eine sehr enge und intensive Beziehung zu ihnen gepflegt und einen grossen Betreuungsanteil wahrgenommen habe. Die Mutter habe ja auch allein aus diesem Grund den Aufenthaltsort der Kinder in den Tessin verlegt, was einen Rechtsmissbrauch und eine Gefährdung des Kindeswohles darstelle.

6.3 Was zunächst den Sachverhalt und diesbezüglich die Rüge des Beschwerdeführers anbelangt, das Obergericht habe in willkürlicher Weise das rechtsmissbräuchliche Handeln der Mutter ausgeblendet, so ist Folgendes festzuhalten: Die Bezugnahme des Obergerichtes auf BGE 142 III 481 E. 2.5 S. 490, wonach die elterlichen Wegzugsmotive grundsätzlich nicht zur Debatte stünden und auch kaum justiziabel wären, sowie auf BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 494, wonach ein allein auf Entfremdung der Kinder zielendes rechtsmissbräuchliches Verhalten in der Praxis selten sei, geht im vorliegenden Fall an der Sache vorbei. Diese Erwägungen gründen auf dem Umstand, dass der Gesetzgeber mit einer bewussten Wertung die Niederlassungsfreiheit der Elternteile respektieren wollte (dazu BGE 142 III 481 E. 2.4-2.6 S. 487 ff.), und zielen darauf, dass keine langwierige Auseinandersetzung um die meist nur schwer zu eruierenden elterlichen Wegzugsmotive stattfinden soll. Vor Bezirksgericht waren diese aber nicht umstritten; viel-

mehr hat die Mutter in der Parteibefragung den allein durch das Unterbinden von Kontakten zum Vater motivierten Wegzug selbst dargelegt (vgl. im Einzelnen E. 3.2). Der Sachverhalt war mithin gar nie umstritten und das vom Bezirksgericht festgestellte rechtsmissbräuchliche Handeln der Mutter offenkundig. Im vorliegenden Sachzusammenhang hat dieser Umstand indes keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens (grundsätzliche Sanktionslosigkeit des Verstosses gegen Art. 301a ZGB, vgl. E. 5; keine Kindeswohlgefährdung im konkreten Fall, vgl. E. 6.4), so dass sich weitergehende Äusserungen dazu erübrigen.

6.4 Zu prüfen bleiben die Willkürfragen im Zusammenhang mit der Auslegung und Anwendung von Art. 307 Abs. 3 ZGB. Diese gehen dahin, dass die Kinder angesichts ihres Alters von vier bzw. fünf Jahren im Zeitpunkt des Wegzuges und vor dem Hintergrund der fehlenden Bindungstoleranz der Mutter die deutsche Sprache, zu welcher sie aufgrund der konkreten Umstände nur noch wenig Bezug haben (italienischsprachige Wohngegend; italienischsprachige Mutter; in Italienisch erfolgende Einschulung; wenig Besuchsgelegenheiten mit dem Vater), verlernen könnten und somit eine Kommunikationsunfähigkeit drohe.

Die Ausführungen sind aus der Perspektive des Vaters, welcher mangels entsprechender Sprachkenntnisse auch kaum inhaltlichen Zugang zu den für eine wirksame Sorgerechtsausübung wichtigen und zwangsläufig in italienischer Sprache verfassten Unterlagen (schulische, medizinische und anderweitige Belange) haben wird, nachvollziehbar. Entscheidend für die Frage der Kindeswohlgefährdung ist jedoch, ob den Kindern selbst eine unmittelbare Gefahr oder ein Schaden droht. Dies ist nicht der Fall: Sie waren bereits im Zeitpunkt des Wegzuges (auch) italienischsprachig und es bestehen keine aktenkundigen Hinweise, dass ihnen in Bellinzona irgendwelche Mängel drohen könnten. Im Übrigen lässt sich der vom Vater befürchteten sprachlichen und physischen Entfremdung auch mit einer angepassten Ausgestaltung des Besuchs- und Ferienrechts entgegenwirken (dazu E. 7). Ein auf Art. 307 Abs. 3 ZGB gestütztes Wegzugsverbot bzw. Rückkehrgebot, wie es dem Beschwerdeführer in der konkreten Situation vorschwebt, würde im Übrigen darauf hinauslaufen, dass verbreitet dem hauptbetreuenden Elternteil der Wegzug in eine andere Sprachregion und damit gegebenenfalls die Rückkehr in sein Heimatland vereitelt würde. Das ist nicht, was der Gesetzgeber mit der verabschiedeten Fassung von Art. 301a Abs. 2 ZGB intendiert hat (dazu ausführlich BGE 142 III 481 E. 2.4 S. 488 und E. 2.5 S. 490).

Insgesamt hält es, insbesondere vor dem Hintergrund einer angepassten Besuchsrechtsregelung (dazu E. 7), ohne Weiteres vor dem Willkürverbot stand, wenn das Obergericht vom Erlass der Weisung, dass die Mutter den Aufenthaltsort der Kinder in einen Umkreis von 1,5 Stunden ab U._____ verlegen muss, abgesehen hat.

7.

Angefochten ist sodann der Umfang des persönlichen Verkehrs.

7.1 In diesem Zusammenhang rügt der Beschwerdeführer zum einen die Verletzung der aus dem rechtlichen Gehör fliessenden Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV), insbesondere im Zusammenhang mit dem Ferienrecht.

Indes hat das Obergericht den Umfang des Besuchs- und Ferienrechts begründet, nämlich durch Verweis auf die Gerichtsüblichkeit. Dies stellt eine den in E. 3.1 dargestellten Anforderungen genügende Begründung dar. Ob das mittels Verweises auf eine Praxis erfolgende Hinwegsehen über die Umstände des konkreten Einzelfalls in der Sache Bestand haben kann, ist eine Frage der Rechtsanwendung, welche vorliegend mit geeigneten Willkürregeln anzugehen ist (dazu sogleich).

7.2 Was den Umfang des persönlichen Verkehrs anbelangt, ist von der kantonal festgestellten Tatsache auszugehen, dass der Vater aufgrund seiner besonderen Arbeitszeiten keine ganzen Besuchswochenenden, sondern nur die Sonntage für die Besuche verfügbar hat.

Das Obergericht hat befunden, dass das vom Bezirksgericht eingeräumte Besuchsrecht an jedem zweiten Sonntag altersgemäss praxisüblich sei. Der Verweis des Vaters auf seine bisherige partnerschaftliche Kinderbetreuung rechtfertige keine Ausdehnung des Besuchsrechts über das Gerichtsübliche hinaus. Zudem sei es auch angezeigt, die vom Bezirksgericht gewährten vier Ferienwochen auf die gerichtsüblichen zwei Wochen zu reduzieren. Im Übrigen sei das Ferienrecht praxisgemäss erst ab Eintritt ins Schulalter zuzusprechen und der Entscheid des Bezirksgerichts auch insofern anzupassen.

Der Beschwerdeführer hält diese Anordnungen vor dem Hintergrund seiner bis zum Wegzug eng gepflegten Beziehung zu den Kindern und angesichts der sich abzeichnenden sprachlichen Barriere für willkürlich. Er wirft dem Obergericht vor, nicht auf die konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles Bezug genommen zu haben, was im Übrigen in

Widerspruch dazu stehe, dass das Obergericht im Zusammenhang mit dem Absehen von Weisungen nach Art. 307 Abs. 3 ZGB festgehalten habe, der grösseren Distanz sei mit einer angepassten Regelung des persönlichen Verkehrs Rechnung zu tragen. Willkürlich sei auch, dass er die Kinder in Bellinzona besuchen müsse, obwohl er nicht Italienisch spreche und keinerlei Bezug zu Bellinzona habe; das Besuchsrecht sei grundsätzlich bei ihm zuhause auszuüben.

Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Regelung des persönlichen Verkehrs (Urteile 5A_381/2010 vom 21. Juli 2010 E. 5.3.2; 5A_432/2011 vom 20. September 2011 E. 2.5; 5A_79/2014 vom 5. März 2015 E. 4.3; 5A_367/2015 vom 12. August 2015 E. 5.1.1) und auch spezifisch für Wegzugsfälle (BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 493 f.; 142 III 502 E. 2.4.1 S. 508 f. und E. 2.5 S. 511) stets betont, dass auf die Verhältnisse des Einzelfalles abzustellen sei. Vor diesem Hintergrund ist es willkürlich, auf eine Praxis zu verweisen, wenn die Besonderheiten des Einzelfalles ins Auge springen.

Das Obergericht ist somit in Willkür verfallen, wenn es ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des vorliegenden Einzelfalles (bisherige Betreuungssituation; Wegzug auf grosse Distanz; befürchtete sprachliche Entfremdung) auf das "Gerichtsübliche" verwiesen hat, zumal aufgrund der Arbeitszeiten des Vaters kein Besuchsrecht möglich ist, wie es im angefochtenen Entscheid ab dem Zeitpunkt des Schuleintritts als "gerichtsüblich" bezeichnet wird. Das Besuchsrecht wird nämlich auch nach dem – kurz bevorstehenden – Eintritt der Kinder ins Schulalter auf Sonntage mit gewisser Stundenzahl beschränkt bleiben und mithin keine Übernachtungen beinhalten. Sodann ist es angesichts der besonderen Umstände des vorliegenden Falles insbesondere auch im Zusammenhang mit dem Ferienrecht sachwidrig, auf das "Gerichtsübliche" zu verweisen, umso mehr als es sich bei der betreffenden 2-Wochen-Praxis im schweizerischen Quervergleich um eine eigentliche Minimallösung handelt (vgl. BREITSCHMID, Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 273 ZGB; BÜCHLER/WIRZ, FamKommentar, N. 20 zu Art. 273 ZGB; MICHEL, Kurzkomentar ZGB, N. 12 zu Art. 273 ZGB).

7.3 Da verschiedene der konkreten Situation angepasste Besuchs- und Ferienrechtsregelungen sowie Übergabemodalitäten (insbesondere auch örtlich) denkbar sind, welche vor dem Willkürverbot standhalten, scheint es angezeigt, wenn das Bundesgericht nicht reformato- risch entscheidet, sondern die Sache diesbezüglich zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurückweist (Art. 107 Abs. 2 BGG).

8.

Umstritten ist schliesslich der Kindesunterhalt. Das Bezirksgericht hat festgehalten, der Beschwerdeführer verdiene als Türsteher bei einem Pensum von ca 50 % rund Fr. 2'000.-- pro Monat und er habe an der Verhandlung vom 28. September 2016 ausgeführt, dass er ab November 2016 mehr arbeiten könne, weil in den Wintermonaten mehr laufe. Es hat ihm deshalb ab diesem Zeitpunkt ein Pensum von 80 % zugemutet und ist von einem hypothetischen Einkommen von Fr. 3'200.-- ausgegangen, welches unter Berücksichtigung der Ausbildung zum Fitnessinstructor weiter auf 90 % zu steigern sei; ab April 2017 sei mit hin von einem hypothetischen Einkommen von Fr. 3'600.-- auszugehen.

Das Obergericht hat auf die besondere Anstrengungspflicht bezüglich Kindesunterhalt verwiesen und befunden, nebst den gemäss dem Beschwerdeführer rund vier Stunden dauernden Türsteher-Schichten sei auch eine ergänzende Erwerbstätigkeit am Tag zumutbar. Im Zusammenhang mit der Morbus Bechterew-Krankheit, welche nach der Darlegung des Beschwerdeführers erhebliche Schmerzen und schubweise Entzündungen verursacht, hat das Obergericht auf die erstinstanzliche Parteibefragung mit dem Beschwerdeführer verwiesen, wonach er seiner Frau bei der Heirat vorgeschlagen habe, dass er 100 % und sie 50 % arbeite. Er habe damals im E._____ gearbeitet. Gestützt hierauf hat das Obergericht befunden, die frühere Arbeit als Bodenleger stehe vorliegend nicht zur Diskussion; es werde dem Beschwerdeführer keine Arbeit zugemutet, die körperlich schwerer sei als die aktuelle oder eine im Fitnessbereich, wo er sich ausbilde und wo er schon einmal gearbeitet habe. Im Zusammenhang mit der Ausbildung zum Fitnessinstructor hat das Obergericht mit Blick auf das Vorbringen, diese erfordere auch Zeit für das Lernen und Repeitieren des Prüfungsstoffs, erwogen, es sei dem Beschwerdeführer zumutbar, die Ausbildung und die dafür nötige Nachbearbeitung bei der angenommenen Erwerbstätigkeit zu 90 % zu leisten.

8.1 Die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) geht fehl, vermögen doch die obergerichtlichen Ausführungen den in E. 3.1 dargelegten Anforderungen zu genügen; das Obergericht hat sich sowohl zu den gesundheitlichen Beschwerden und deren Folgen als auch zur Ausbildung zum Fitnessinstructor und deren Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit geäussert.

8.2 In der Sache selbst vermag der Beschwerdeführer keine Willkür aufzuzeigen durch das erneute Vorbringen, er würde gerne mehr arbeiten, habe aber keinen Einfluss auf die Schichtpläne. Die kantonalen Gerichte haben festgehalten, dass es dem Beschwerdeführer zumutbar sei, nebst der Arbeit als Türsteher noch ergänzend eine andere Erwerbstätigkeit auszuführen oder sich auf eine Tätigkeit im Fitnessbereich zu konzentrieren. Im Verhältnis zum unmündigen Kind sind an die Ausnützung der Erwerbskraft besonders hohe Anforderungen zu stellen, gerade wenn wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen (BGE 137 III 118 E. 3.1 S. 121). Insofern bestehen unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit der Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit tendenziell strengere Grundsätze als für den Ehegattenunterhalt. Der Verweis auf die (jedenfalls vor Abschluss der Ausbildung noch) fehlenden beruflichen Qualifikationen geht insofern an der Sache vorbei, als mit Blick auf den zu leistenden Kindesunterhalt auch Erwerbsmöglichkeiten in Betracht gezogen werden müssen, die keine abgeschlossene Berufsausbildung erfordern und sich im Tieflohnbereich befinden (BGE 137 III 118 E. 3.1 S. 121). Dem Beschwerdeführer wurde denn auch kein höheres hypothetisches Einkommen angerechnet, als es im Tieflohnbereich erzielbar ist, weshalb das Argument, es dürfe ihm nicht in Vorwegnahme seiner Ausbildung zum Fitnessinstructor und damit in spekulativer Weise ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, nicht verfängt, zumal die kantonalen Instanzen darauf hingewiesen haben, dass der Beschwerdeführer bereits (ohne spezielle Ausbildung) in diesem Bereich gearbeitet hat. Vor diesem Hintergrund ist insgesamt keine Willkür ersichtlich, wenn die kantonalen Instanzen dem Beschwerdeführer ab November 2016 eine Ausdehnung auf 80 % und ab April 2017 eine Ausdehnung auf 90 % zugemutet haben und dabei von einem erzielbaren Einkommen von Fr. 3'200.-- bzw. Fr. 3'600.-- ausgegangen sind.

Allerdings könnte die Neuregelung des Besuchs- und Ferienrechts je nach konkreter Ausgestaltung gegebenenfalls Auswirkungen auf die Berechnung des Existenzminimums haben, so dass sicherheitshalber auch der Unterhaltspunkt zurückzuweisen ist.

9.

Angesichts des Verfahrensausganges rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und von gegenseitigem Parteikostenersatz abzusehen (Art. 68 Abs. 1 BGG). Beide Parteien sind offensichtlich prozessarm, weshalb ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen und sie je durch den sie vertretenden Rechtsanwalt zu verbeiständen sind (Art. 64 Abs. 1

und 2 BGG). Die Rechtsanwälte sind aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird dahingehend gutgeheissen, dass die Angelegenheit zur Neuregelung des Besuchsrechts im Sinn der Erwägungen und zur allfälligen Anpassung der Unterhaltsbeiträge an das Obergericht des Kantons Aargau zurückgewiesen wird.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege erteilt, je unter Beigabe des sie vertretenden Rechtsanwaltes.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden den Parteien hälftig auf-erlegt, jedoch einstweilen auf die Bundesgerichtskasse genommen.

4.

Rechtsanwalt Julian Burkhalter wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 2'000.-- und Fürsprecher Dr. Guido Fischer mit Fr. 1'000.-- ent-schädigt.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer, sowie dem Bezirksgericht Bremgarten schrift-lich mitgeteilt.

Lausanne, 6. November 2017

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

Möckli