

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE160032-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

## Beschluss und Urteil vom 9. September 2016

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 18. April 2016 (EE150036-D)**

**Rechtsbegehren des Gesuchstellers:**

(Urk. 1; Urk. 16)

1. Den Parteien sei das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Die eheliche Wohnung am C.\_\_\_\_\_ ... in D.\_\_\_\_\_ sei samt Hausrat und Mobilien dem Gesuchsteller zur alleinigen Nutzung zuzuweisen.
3. Für die Dauer des Getrenntlebens sei die Obhut über die gemeinsamen Söhne E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010, und F.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011, dem Gesuchsteller zuzuweisen.
4. Der Gesuchsgegnerin sei ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.
5. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller angemessene Unterhaltszahlungen für die beiden Söhne zu bezahlen.
6. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller einen angemessenen persönlichen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen.
7. Die Gütertrennung sei anzuordnen.
8. - 9. [...].
10. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

**Anträge der Gesuchsgegnerin:**

(Urk. 20; Prot. Forts. HV, S. 4)

1. Es sei festzustellen, dass die Parteien seit 15. Juni 2015 getrennt leben.
2. Es sei die Wohnung am C.\_\_\_\_\_ ... in D.\_\_\_\_\_ dem Gesuchsteller zuzuweisen.
3. Es sei die Obhut über den gemeinsamen Sohn E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010, der Gesuchsgegnerin und die Obhut über F.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011, dem Gesuchsteller zuzuweisen.
4. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, einen angemessenen, im Voraus zu entrichtenden monatlichen Unterhaltsbeitrag an die beiden Söhne zu bezahlen, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen.
5. Es sei dem Gesuchsteller ein Besuchsrecht von jedem zweiten Wochenende von Freitagabend 17:00 Uhr bis Sonntagabend 17:00 Uhr sowie ein Ferienrecht von drei Wochen pro Jahr zu gestatten.

6. Es sei der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin einen angemessenen, monatlich im Voraus zu entrichtenden persönlichen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen.
7. [...].
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchstellers."

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes  
Dielsdorf vom 18. April 2016:**

(Urk. 81 S. 26 ff.)

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien auf unbestimmte Zeit zum Getrenntleben berechtigt sind, und es wird davon Vormerk genommen, dass sie bereits seit 12. Juni 2015 getrennt leben.
2. Die gemeinsamen Söhne E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010, und F.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011, werden unter die alleinige Obhut des Gesuchstellers gestellt.
3. Die KESB Dielsdorf wird angewiesen, die mit Verfügung vom 17. September 2015 errichtete Besuchsrechtsbeistandschaft zu einer Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB (Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft) mit besonderen Aufgaben zu erweitern. Die KESB Dielsdorf wird ersucht, hierfür eine Beistandsperson zu ernennen, sofern dies nicht bereits geschehen ist. Dem Beistand werden folgende Aufgaben übertragen:
  - a) Unterstützung und Beratung der Parteien in Erziehungsfragen;
  - b) Überwachung der Ausübung des persönlichen Verkehrs sowie Vermittlung und Unterstützung bei der Umsetzung;
  - c) Organisation und Errichtung einer Familienbegleitung für die Dauer von zwölf Monaten sowie Sicherung der Finanzierung;
  - d) Begleitung und Überwachung der für E.\_\_\_\_\_ laufenden KJPD-Abklärung sowie Organisation der Übergabe der Abklärung an das KJPD D.\_\_\_\_\_.
4. Der Gesuchsgegnerin wird im Sinne von Art. 273 Abs. 2 ZGB die Weisung erteilt, während der Ausübung des persönlichen Verkehrs gemäss nachfolgender Dispositiv-Ziffer 5 nüchtern zu sein.
5. Die Parteien regeln den persönlichen Verkehr zwischen der Gesuchsgegnerin und den Kindern von Fall zu Fall selbst. Im Streitfall gilt Folgendes:

Die Gesuchsgegnerin ist berechtigt und wird verpflichtet, die Kinder jedes 2. Wochenende von Freitagabend, 18:00 Uhr, bis Sonntagabend, 18:00 Uhr, sowie am 2. Weihnachtsfeiertag (26. Dezember), in geraden Jahren über Ostern (Karfreitag bis Ostermontag) und in ungeraden Jahren über Pfingsten (Pfingstsamstag bis Pfingstmontag) auf ihre Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Sie ist ferner berechtigt und wird verpflichtet, die Kinder während der Schulferien für drei Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Gesuchsgegnerin teilt dem Gesuchsteller mindestens drei Monate im Voraus mit, wann sie ihr Ferienbesuchsrecht ausüben will.

6. Es werden keine Kinderunterhaltsbeiträge zugesprochen.
7. Zwischen den Parteien wird mit Wirkung ab 30. Juni 2015 die Gütertrennung angeordnet.
8. Von der Teilvereinbarung der Parteien vom 14. März 2016 wird im Übrigen Vormerk genommen. Sie lautet wie folgt:

"1. [Getrenntleben].

#### Ehegattenunterhalt

2. Die Parteien stellen fest, dass sie mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit derzeit nicht in der Lage sind, sich gegenseitig persönliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.

#### Zuweisung eheliche Wohnung

3. Die Gesuchsgegnerin erklärt sich bereit, dem Gesuchsteller die eheliche Wohnung am C.\_\_\_\_\_ ... in D.\_\_\_\_\_ samt Mobiliar und Hausrat für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zu überlassen.
4. [Anordnung Gütertrennung]."
9. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
10. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der jeweilige Anteil der Parteien wird infolge der bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege je einstweilen auf die Staatskasse genommen. Das Rückforderungsrecht des Staates gemäss Art. 123 ZPO bleibt je vorbehalten.
11. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.

12. (Schriftliche Mitteilung)

13. (Berufung)

### **Berufungsanträge:**

der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (Urk. 80B S. 2; Urk. 84 S. 2 und Urk. 87 S. 2, sinngemäss):

1. Es sei der Berufung superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Es sei auch der zweiten Berufungsergänzung superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Es sei das Datum der Übergabe des Sohnes E. \_\_\_\_\_ von der Berufungsklägerin an den Berufungsbeklagten neu festzulegen, bzw. aufzuschieben bzw. es sei der Übergabetermin von E. \_\_\_\_\_ in die Obhut des Vaters auf den 31. Juli 2016 festzulegen.
3. Es seien die Ziffern 2; 5 des Urteils vom 18. April 2016 des Bezirksgerichts Dielsdorf aufzuheben.
4. Es sei E. \_\_\_\_\_ unter die elterliche Obhut der Berufungsklägerin und Mutter zu stellen.
5. Es sei das Besuchsrecht neu zu regeln.
6. Es sei ein Kinderpsychologisches Gutachten von E. \_\_\_\_\_ beim KJPD zu erstellen.
7. Es sei ein Erziehungsfähigkeitsgutachten der Mutter zu erstellen.
8. Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
9. Es sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Prozessführung sowie die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu gewähren.

des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten (Urk. 106 S. 1):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen;
2. das Urteil vom 18. April 2016 des Bezirksgerichts Dielsdorf sei zu bestätigen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin."

## Erwägungen:

### **A. Sachverhalt/Prozessgeschichte**

1. Die Parteien heirateten am tt. September 2010. Aus der Ehe gingen zwei Kinder hervor, E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010, und F.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm. 2011. Seit dem 12. Juni 2015 leben die Parteien getrennt (Urk. 7 S. 4; Urk. 81 S. 26, Dispositivziffer 1).

2. Mit Gesuch vom 16. Juni 2015 machte der Gesuchsteller und Berufungsbe-  
klagte (fortan Gesuchsteller) beim Einzelgericht am Bezirksgericht Dielsdorf ein  
Eheschutzbegehren anhängig (Urk. 1). Mit Verfügung vom 6. Juli 2015 wurde das  
Gesuch der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin)  
um superprovisorische Zuweisung der Obhut über den Sohn F.\_\_\_\_\_ an sich ab-  
gewiesen (Urk. 7; Urk. 11; Urk. 13). Am 10. August 2015 fand die Hauptverhand-  
lung statt. Die anlässlich dieser Verhandlung geschlossene Eheschutzvereinba-  
rung wurde vom Gesuchsteller jedoch fristgerecht widerrufen (Urk. 25 und Urk.  
28). Anlässlich der Verhandlung vom 14. September 2015 wurde eine Vereinba-  
rung über vorsorgliche Massnahmen getroffen und mit Verfügung vom 17. Sep-  
tember 2015 das Gesuch des Gesuchstellers um vorsorgliche Massnahmen im  
Sinne der Vereinbarung erledigt (Urk. 38; Urk. 39/1). Mit einer weiteren Verfügung  
vom 17. September 2015 wurde beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege  
bewilligt (Urk. 39/2). Schliesslich wurde mit einer dritten Verfügung vom 17. Sep-  
tember 2015 das kJz D.\_\_\_\_\_ mit der Abklärung der sozialen Verhältnisse der  
Parteien beauftragt (Urk. 39/3). Am 1. März 2016 erstattete das kJz D.\_\_\_\_\_ den  
Abklärungsbericht (Urk. 58). Am 14. März 2016 fand die Fortsetzung der Haupt-  
verhandlung statt. Im Rahmen dieser Verhandlung schlossen die Parteien eine  
Teileinigung (Urk. 66). Mit Urteil vom 18. April 2016 fällte die Vorinstanz alsdann  
den eingangs zitierten Entscheid (Urk. 81). Der genaue vorinstanzliche Prozess-  
verlauf ergibt sich im Übrigen aus dem angefochtenen Entscheid (Urk. 81 S. 3-6).

3. Gegen dieses Urteil, welches ihr am 4. Mai 2016 zugestellt wurde (Urk.  
79/2), liess die Gesuchsgegnerin mit Zuschrift vom 6. Mai 2016 vorab per Fax  
rechtzeitig Berufung erheben und dabei um superprovisorische Erteilung der auf-

schiebenden Wirkung der Berufung ersuchen, wobei sie lediglich den Zeitpunkt der Übergabe von E.\_\_\_\_\_ an den Gesuchsteller anfocht. Überdies ersuchte sie um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung auch im Berufungsverfahren (Urk. 80A/B). Mit Präsidialverfügung vom 10. Mai 2016 wurde auf dieses Gesuch mangels genügend bestimmter Berufungsanträge nicht eingetreten (Urk. 83). Mit Eingabe vom 10. Mai 2016 erstattete die Gesuchsgegnerin innert laufender Berufungsfrist eine ergänzende Berufungseingabe samt den eingangs zitierten ergänzenden Berufungsanträgen. Insbesondere beantragte sie nunmehr die Aufhebung der Dispositivziffern 2 und 5 des angefochtenen Urteils und hielt an der superprovisorischen Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Berufung fest (Urk. 84 S. 2 i.V.m. Urk. 80B S. 2). Mit Eingabe vom 11. Mai 2016 reichte die Gesuchsgegnerin innert laufender Berufungsfrist eine weitere Berufungsergänzung samt ergänzten Berufungsanträgen ein (Urk. 87). Mittels Präsidialverfügung vom 12. Mai 2016 wurde dem Gesuchsteller Frist angesetzt, um zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Berufung betreffend Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheides (Obhutszuteilung über E.\_\_\_\_\_ an den Gesuchsteller) Stellung zu nehmen (Urk. 90). Mit Schreiben vom 12. Mai 2016 liess die Gesuchsgegnerin ein Arzteugnis der Kinderklinik ... vom 12. Mai 2016 nachreichen (Urk. 91 und 92 und 93/7). Gemäss Telefonnotiz vom 26. Mai 2016 teilte Frau G.\_\_\_\_\_ von der KESB Dielsdorf der Kammer mit, die Gesuchsgegnerin werde zusammen mit E.\_\_\_\_\_ am 27. Mai 2016 aus dem Spital ... entlassen. Sie sei nicht in der Lage, den Alkoholentzug zu beenden, weshalb die Therapie abgebrochen werde. Für weitere Informationen könne man sich an die zuständige Psychologin des Spitales ..., Frau H.\_\_\_\_\_, wenden (Urk. 94). Dieses Aktenstück wurde den Parteien zur Kenntnis gebracht (Urk. 95/1, 2). Gemäss einer weiteren Telefonnotiz vom 31. Mai 2016 teilte Frau H.\_\_\_\_\_ vom Spital ... bezeugend auf die erwähnte erste Telefonnotiz der Kammer mit, dass die Therapie der Gesuchsgegnerin beendet worden sei, da es keinen Therapieauftrag gegeben habe. Die Gesuchsgegnerin sei sodann bereits am 27. Mai 2016 entlassen worden, damit E.\_\_\_\_\_ im Kindergarten habe eingeführt werden können (Urk. 96). Auch diese Notiz wurde den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 97/1, 2). Mit Zuschrift vom 30. Mai 2016 liess der Gesuchsteller innert Frist um

Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung ersuchen. Ferner beantragte er auch im Berufungsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 98). Diese Eingabe wurde der Gesuchsgegnerin gemäss Stempelverfügung vom 2. Juni 2016 samt Beilage (Urk. 99) zur Kenntnis gebracht (Prot. II S. 5). Mittels Schreiben vom 1. Juni 2016 übermittelte die Gesuchsgegnerin der Kammer die Wiederzuweisung von E.\_\_\_\_\_ beim KJPD in St. Gallen vom 26. Mai 2016 (Urk. 100, 101, 102/8). Diese Unterlagen wurden dem Gesuchsteller mit Stempelverfügung vom 2. Juni 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt (Prot. II S. 5). Mittels Präsidialverfügung vom 23. Juni 2016 wurde der Berufung bezüglich der Obhutszuteilung an den Gesuchsteller gemäss Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheides die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Gesuchsteller Frist zur Erstattung der Berufungsantwort anberaumt (Urk. 104). Mit Beschluss der Kammer vom 23. Juni 2016 wurde sodann beiden Parteien für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung bewilligt (Urk. 105). Mit Eingabe vom 4. Juli 2016 erstattete der Gesuchsteller rechtzeitig seine Berufungsantwort mit den eingangs erwähnten Anträgen (Urk. 106). Die Berufungsantwort wurde der Gesuchsgegnerin mit Präsidialverfügung vom 12. Juli 2016 zugestellt (Urk. 107). Innert zehn Tagen beanspruchte die Gesuchsgegnerin daraufhin mit Eingabe vom 25. Juli 2016 - mitsamt dreier Beilagen (Urk. 110/9-11) - ihr Replikrecht (Urk. 108). Diese Schriftstücke wurden dem Gesuchsteller mittels Stempelverfügung vom 8. August 2016 zur Kenntnis gebracht (Prot. II S. 11). Am 16. August 2016 erreichte die Kammer eine Gesprächsnotiz zwischen dem Gesuchsteller und der KESB Appenzell Ausserrhoden (Urk. 112). Mit Eingabe vom 16. August 2016 liess der Gesuchsteller sodann um Entzug der aufschiebenden Wirkung der Berufung und Zuteilung der Obhut über E.\_\_\_\_\_ für die Dauer des Berufungsverfahrens ersuchen, wobei er eine Gefährdungsmeldung der Wirtin des Restaurants ..., I.\_\_\_\_\_, vom 16. August 2016 beibrachte (Urk. 113 und Urk. 114). Mit Präsidialverfügung vom 18. August 2016 wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zu diesem Gesuch Stellung zu nehmen. Am 30. August 2016 erreichten die Kammer Unterlagen der KESB Dielsdorf betreffend deren Disput mit der KESB Herisau betreffend die örtliche Zuständigkeit für die Ernennung eines Beistandes für E.\_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 81 S. 26 f., Dispositivziffer 3). Weil die Ein-

setzung einer Erziehungs- und Besuchsbeistandschaft für E.\_\_\_\_\_ im Berufungsverfahren nicht strittig ist, sind diese Unterlagen auch nicht weiter relevant und können den Parteien mit dem Endentscheid in Kopie zur Kenntnis gebracht werden. Mit Eingabe vom 1. September 2016 bezog die Gesuchsgegnerin fristwahrend Stellung zum gegnerischen Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung, wobei sie auf Nichteintreten betreffend dieses Gesuch bzw. dessen Abweisung Antrag stellen liess (Urk. 119; Urk. 120; Urk. 121/12, 13). Weil jedoch nunmehr, nach Gewährung des rechtlichen Gehörs der Gesuchsgegnerin, insbesondere auch zur Gefährdungsmeldung der Wirtin vom 16. August 2016, sogleich der Endentscheid ergehen kann, erweist sich das Gesuch des Gesuchstellers um Entzug der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben.

## **B. Prozessuales**

1. Mit der vorliegenden Berufung nicht angefochten werden die Dispositivziffern 1, 3, 4, 6 bis 11 (Urk. 84 S. 2). Die Rechtskraft der nicht angefochtenen Dispositivziffern ist vorzumerken. Sie trat ein, sobald die Berufungsfrist für sämtliche zum Rechtsmittel legitimierten Parteien abgelaufen war, damit am 18. Mai 2016 (vgl. zum Zeitpunkt BK-Sterchi, Band II, Art. 315 N 4; Urk. 79/1, 2).

2. Das Eheschutzverfahren ist summarischer Natur. Die rechtserheblichen Tatsachen sind daher bloss glaubhaft zu machen. Betreffend die hier strittigen Kinderbelange gilt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Diese entbindet die Parteien jedoch nicht davon, das Tatsächliche vorzutragen und an der Erhebung des Sachverhalts mitzuwirken (BGE 128 III 411 E. 3.2.1).

3. Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren (BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.1). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger

Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1).

4. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, das heisst, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dieses eingeschränkte Novenrecht gilt auch im Bereich der in Kinderbelangen herrschenden (uneingeschränkten) Untersuchungsmaxime, zumal die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine analoge (sinngemässe) Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO, welcher das erstinstanzliche Verfahren betrifft, im Berufungsverfahren ausschliesst (BGE 138 III 625 ff. E. 2.2). Neue rechtliche Ausführungen stellen jedoch keine Noven dar.

5. Die Gesuchsgegnerin beantragt die Einholung eines kinderpsychologischen Gutachtens über E.\_\_\_\_\_ beim KJPD sowie eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens betreffend sie selbst. Der Bericht des kJz D.\_\_\_\_\_ vom 1. März 2016 werde von ihr überhaupt nicht akzeptiert. Für eine Urteilung der elterlichen Sorge (recte: elterlichen Obhut) über E.\_\_\_\_\_ sei ein vertieftes Gutachten zu erstellen (Urk. 84 S. 2; vgl. auch Prot. I HV, S. 6).

Im summarischen Eheschutzverfahren geht es in erster Linie darum, möglichst rasch eine optimale Situation für die Kinder zu schaffen. Langwierige Abklärungen, etwa durch kinderpsychologische oder kinderpsychiatrische Gutachten, sollten dabei auch im Streitfall nicht die Regel sein, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände vorliegen, aufgrund welcher das Gericht an die Grenze seiner Beurteilungsfähigkeit stösst (so etwa wenn einem Elternteil sexueller Missbrauch der Kinder zum Vorwurf gemacht wird), wobei dem Gericht diesbezüglich ein gewisses Ermessen zukommt (vgl. BGer 5P.157/2003 vom 30. Juni 2003, E. 4.4 mit Hinweisen; Kass-Nr. AA070139, Beschluss des Kassationsgerichts vom 2. Juli 2008, E. II./2.3/g.). Die Untersuchungsmaxime gibt keinen allgemeinen Anspruch auf Einholung eines Gutachtens. In aller Regel hat und vermag das Gericht die ihm übertragene Aufgabe ohne Beizug eines Sachverständigen zu erfüllen (vgl. Hinderling/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht,

4. A. Zürich 1995, S. 486 f.; BK-Bühler/Spühler, Art. 156 (a)ZGB N 68 f. und Ergänzungsband, Art. 156 ZGB N 69; BSK ZGB I-Breitschmid, 4. Aufl., Art. 145 N 4; ZR 90/1991 Nr. 82).

Aufgrund des fundierten und sorgfältig abgefassten, auf je zwei Hausbesuchen bei beiden Parteien sowie zahlreichen Gesprächen mit den Parteien und Drittpersonen fussenden Abklärungsberichts des kjz D.\_\_\_\_\_ vom 1. März 2016 (Urk. 58) sowie angesichts der beiden Gefährdungsmeldungen betreffend das Wohl von E.\_\_\_\_\_ unter der Obhut der Gesuchsgegnerin vom 19. Februar 2016 und 2. März 2016, welche beide den Vorfall vom 17./18. Februar 2016 betreffen (Urk. 56 und Urk. 62), des verkehrsmedizinischen Gutachtens vom 15. Juni 2015 (Urk. 14/1), des Berichts von Dr. J.\_\_\_\_\_ vom Santémed vom 24. Februar 2016 (Urk. 54) sowie des von der Vorderrichterin mit Dr. J.\_\_\_\_\_ am 9. März 2016 geführten Telefonats (Urk. 60) und schliesslich der weiteren Gefährdungsmeldung der Wirtin des Restaurants ... in .../AR, I.\_\_\_\_\_, vom 16. August 2016 (Urk. 114) ist das Gericht ohne weiteres in der Lage, sich ein hinreichend aussagekräftiges Bild über das Wohl des Kindes E.\_\_\_\_\_ und insbesondere über die Erziehungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin und auch des Gesuchstellers zu machen. Die Einholung gerichtlicher Fachgutachten betreffend die Obhutzuteilung erscheint daher jedenfalls im Rahmen des vorliegenden summarischen Eheschutzverfahrens, wo solches, wie erwähnt, die Ausnahme ist, nicht mehr erforderlich. Im Rahmen des für Kinderbelange gemäss Art. 168 Abs. 2 ZPO geltenden Freibeweises sind die erwähnten Aktenstücke durchaus taugliche Beweismittel.

### **C. Zuteilung Obhut**

1. Die Zuteilung der Obhut über E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010, ist umstritten, während die Zuteilung der Obhut über seinen jüngeren Bruder F.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011, an den Gesuchsteller (Urk. 81 S. 26, Dispositivziffer 2) von der Gesuchsgegnerin (wie bereits im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens, vgl. Prot. I Fortsetzung HV, S. 6) akzeptiert wird (Urk. 84 S. 2).

2. Die Vorinstanz teilte die Obhut über E.\_\_\_\_\_ - den Empfehlungen im Abklärungsbericht des kjz D.\_\_\_\_\_ vom 1. März 2016 (Urk. 58) folgend - dem Gesuch-

steller zu. Sie erwog dabei im Wesentlichen, die Erziehungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin sei mit Blick auf ihre nach wie vor bestehende Alkoholsucht und die diesbezüglich teilweise fehlende Einsichtsfähigkeit der Gesuchsgegnerin sowie deren Überforderung im Alltag und Instabilität erheblich eingeschränkt. Dass diese Einschränkung mittels Kinderschutzmassnahmen und durch die Suchttherapie innert absehbarer Zeit genügend reduziert werden könne, damit das Kindeswohl von E.\_\_\_\_\_ nicht mehr gefährdet sei, sei unwahrscheinlich. Auch wenn die Erziehungsfähigkeit des Gesuchstellers leicht eingeschränkt sei, zumal er seinen Kindern wenig Orientierung im Alltag vermittele, sie zu wenig fördere und isoliert lebe, könne dieser Einschränkung mittels geeigneter Kinderschutzmassnahmen (Erziehungs- und Besuchsbeistandschaft mit besonderen Aufgaben, Familienbegleitung) entgegen getreten werden, sodass das Kindeswohl beider Kinder gewahrt werde. Die beiden Kinder E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ sollten denn auch gemeinsam aufwachsen können. Konkrete Hinweise, wonach der Gesuchsteller - im Gegensatz zur Gesuchsgegnerin - mit der Betreuung beider Kinder überfordert sein könnte, seien keine ersichtlich. E.\_\_\_\_\_ werde zwar aus den sozialen Strukturen in ... bei der Gesuchsgegnerin, an welche er sich gewöhnt habe, herausgerissen und er werde damit anfänglich wohl Schwierigkeiten haben, aber er werde in D.\_\_\_\_\_ beim Gesuchsteller wieder den Anschluss finden und neue soziale Kontakte im dortigen Kindergarten knüpfen können (Urk. 81 S. 10 ff.).

**3.1.** Die Gesuchsgegnerin hält dafür, sie sei mit E.\_\_\_\_\_ bereits im Juni 2015 nach ... gezogen. Seither habe E.\_\_\_\_\_ sich sehr gut in die Umgebung eingelebt. Er habe sehr guten Kontakt zu seinem etwa gleichaltrigen Cousin, zu seiner Tante und seinem Onkel, ihrem Bruder. Bei einer Zuteilung der Obhut an den Gesuchsteller würden diese Kontakte abgebrochen. Der Gesuchsteller lebe sehr einsam und habe keine Freunde mit Kindern, keine Verwandten mit Kindern, zu welchen er Kontakt pflege. Seit August 2015 sei E.\_\_\_\_\_ im Kindergarten in ... eingeschult. Dort sei er sehr gut integriert. Es liege nicht im Kindeswohl von E.\_\_\_\_\_, ihn aus diesem stabilen Umfeld herauszureissen. Wie die beiden Berichte der Kindergärtnerin sowie der Heilpädagogin deutlich zeigten, bestehe - entgegen dem Abklärungsbericht des kjz D.\_\_\_\_\_ - eine intakte und gute Mutter-Kind-Beziehung. Zudem habe sich E.\_\_\_\_\_ an die ländlichen und dörflichen Be-

gebenheiten gewöhnt. Er habe viel Freiheit und fühle sich wohl auf dem Land. Es wäre für ihn eine Einschränkung, wieder in der Stadt zu wohnen. Während die Gesuchsgegnerin arbeite, werde er von einer Tagesmutter betreut, zu welcher E.\_\_\_\_\_ ebenfalls eine gute Beziehung habe. Es stimme nicht, dass sie übermässig Alkohol trinke. An jenem 17. Februar 2016 habe sie zwar viel zu viel getrunken, das sei jedoch eine Ausnahme gewesen. Dass sie keine Alkoholikerin sei, würden die Blutkontrollen zeigen. Auch die Haarkontrollen seien negativ gewesen. Sie hätte nicht den Führerschein zurückerhalten, wenn entweder in der Blut- oder der Haarkontrolle hätte festgestellt werden können, dass sie Alkohol getrunken habe. Sie sei sich bewusst, dass E.\_\_\_\_\_ ein schwieriges Kind sei. Daher sei sie auch in das Mutter-Kind-Haus in ... eingetreten. Diesen wichtigen Schritt gelte es nun nicht zu unterbrechen. Es stimme nicht, dass sie keine Einsicht habe, vielmehr sei sie sich ihrer Probleme bewusst und gehe diese an. Die Suchterkrankung werde im angefochtenen Entscheid massiv übertrieben. Wäre dem so, dann hätte sie den Führerausweis nicht zurückerhalten. Es treffe auch nicht zu, dass sie nicht auf die Bedürfnisse von E.\_\_\_\_\_ eingehen könne. Laut den neusten Berichten der Kindergärtnerin und der Heilpädagogin sei das Gegenteil der Fall. E.\_\_\_\_\_ sei tatsächlich teilweise sehr aggressiv gewesen, das sei aber hauptsächlich nach den Besuchswochenenden beim Vater der Fall gewesen. Es sei ausserdem sehr fragwürdig, ob der Gesuchsteller auf die Dauer für eine gute Erziehung der beiden Söhne nicht überfordert wäre. E.\_\_\_\_\_ selber möchte bei ihr bleiben, wie dies auch aus dem Abklärungsbericht herauskomme (Urk. 84 S. 4 ff.). Es sei ausserordentlich wichtig, dass E.\_\_\_\_\_ bis zum Ende der Behandlung im Mutter-Kind-Haus dort bleiben könne. E.\_\_\_\_\_ sei zur Zeit krank und brauche Ruhe (Urk. 87 S. 3). Es sei auch nie hinterfragt worden, weshalb E.\_\_\_\_\_ eine solche Sprache mit der Mutter rede und er diese Wortwahl auffälligerweise nach den Wochenenden mit dem Vater verwende. Nach kinderärztlicher Aussage befinde E.\_\_\_\_\_ sich in einem Loyalitätskonflikt. Weiter sei nie hinterfragt worden, weshalb der Gesuchsteller F.\_\_\_\_\_ in die Kinderkrippe bringe, wenn er fürsorgeabhängig sei und F.\_\_\_\_\_ vollumfänglich selbst betreuen könnte. Daraus könne nur geschlossen werden, dass er nicht einmal in der Lage sei, ein Kind selber zu betreuen und diesem ein genügendes Lernfeld anzubieten. Die

Gesuchsgegnerin sei ausgezogen, weil der Gesuchsteller, während sie Vollzeit gearbeitet habe, einfach nichts gemacht habe. Er habe weder genügend nach den Kindern geschaut noch den Haushalt gemacht. Weil ihr Überforderung vorgeworfen werde, habe sie sich nunmehr entschieden, die Arbeit zur Zeit aufzugeben und ihren Lebensunterhalt vom Sozialamt zu beziehen. Dieses finanziere ihr auch eine Allgemeinbildung für Erwachsene, nachdem sie den Eignungstest eben bestanden habe. Das Fernziel sei die Absolvierung der FAG-Lehre. Ob ihre Sucht so stark sei, wie der Gesuchsteller behaupte, werde sich aus der nächsten Abstinenzkontrolle im kommenden September zeigen. Sie habe in .../AR einen neuen Psychiater gefunden, Dr. med. K.\_\_\_\_\_, zu welchem sie regelmässig in Konsultation gehe. Zudem sei E.\_\_\_\_\_ im KJPD St. Gallen angemeldet, wobei die effektive Therapie nach den Sommerferien beginnen werde (Urk. 108 S. 1 ff.).

**3.2.** Demgegenüber meint der Gesuchsteller, der Abklärungsbericht zeige eindrücklich den gänzlich unangemessenen Umgang der Gesuchsgegnerin mit E.\_\_\_\_\_ auf. Sie habe sich als mit E.\_\_\_\_\_ völlig überfordert präsentiert und dies selbst in der Anwesenheit von Fachpersonen. Auch die Tagesmutter erlebe die Gesuchsgegnerin als im Umgang mit E.\_\_\_\_\_ sehr belastet. Offenbar finde die Gesuchsgegnerin ihr Verhalten völlig in Ordnung und vermöge dieses nicht zu reflektieren. Aufgrund ihrer Alkoholsucht sei die Erziehungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin eingeschränkt und das Kindeswohl in den Phasen exzessiven Trinkens gefährdet. Die Gefährdungsmeldungen würden denn auch zeigen, dass sie noch immer zum Alkohol neige. E.\_\_\_\_\_ brauche Stabilität, welche die Mutter mit ihrer Sucht nicht erreichen könne. Wichtig für E.\_\_\_\_\_ sei auch, dass er mit seinem jüngeren Bruder F.\_\_\_\_\_ aufwachsen könne. Zwecks Durchführung des stationären Aufenthalts der Mutter-Kind-Therapie habe die Gesuchsgegnerin selber E.\_\_\_\_\_ aus dem Kindergarten und dem Umfeld genommen. Nun sei diese Therapie jedoch - offenbar aus der Unüberwindbarkeit der Alkoholsucht - vorzeitig abgebrochen worden, was wiederum zu Instabilität führe. Die neuen Berichte der Kindergärtnerin und der Heilpädagogin würden mit Bezug auf die Einschätzung von E.\_\_\_\_\_ angesichts der Überweisung von Dr. L.\_\_\_\_\_, der einen Bedarf an ambulanter kinderpsychiatrischer Betreuung sehe, doch sehr kontrovers wirken. Aus dem Abklärungsbericht gehe in keiner Weise hervor, dass E.\_\_\_\_\_ bei der

Mutter bleiben wolle. Der Gesuchsteller habe deutlich bessere Voraussetzungen, den beiden Kindern eine liebevolle, geborgene Umgebung zum Aufwachsen zu bieten (Urk. 106 S. 2 ff.).

**4.** Die Vorinstanz hat die von der Lehre und Praxis entwickelten Kriterien für die Zuteilung der Obhut zutreffend aufgeführt (Urk. 81 S. 8). Zwecks Ergänzung und Verdeutlichung ist Folgendes festzuhalten: Nach ständiger Rechtsprechung hat bei der Entscheidung, welchem Elternteil die Erziehung und Sorge für die Kinder übertragen werden soll, stets das Wohl der Kinder Vorrang vor allen andern Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern. Ist die Erziehungsfähigkeit beider Eltern zu bejahen, entspricht es in aller Regel dem Kindeswohl kleinerer Kinder am besten, wenn sie demjenigen Elternteil zugeteilt werden, welcher in der Lage ist, die Kinder - vor allem Kleinkinder und im obligatorischen Schulalter stehende Kinder - weitgehend persönlich zu betreuen. Ferner ist zu beachten, dass Geschwister nach Möglichkeit nicht getrennt werden sollen, gilt es doch, die Vorteile der Koedukation in einer Familiengemeinschaft und das infolge der Trennung der Eltern besonders schutzwürdige Zusammengehörigkeitsgefühl der Kinder nicht ohne zwingende Gründe zu gefährden. In allen Fällen ist unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände diejenige Lösung zu treffen, welche die für eine harmonische Entfaltung der Kinder in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht notwendige Stabilität der Verhältnisse gewährleistet. Das Bundesgericht belässt nach ständiger Praxis dem kantonalen Sachrichter bei der Beurteilung dieser schwierigen Fragen einen grossen Ermessensspielraum, in welchen es nur eingreift, wenn die Vorinstanz bei ihrer Entscheidung Umstände berücksichtigt hat, die nach dem Sinn des Gesetzes keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen hat (vgl. BGE 115 II 317 E. 2 mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Nachfolgend ist auf die einzelnen Zuteilungskriterien bzw. die diesbezüglichen Beanstandungen in der Berufung der Gesuchsgegnerin näher einzugehen.

#### 4.1. Erziehungsfähigkeit der Eltern und persönliche Beziehung zum Kind

##### a) Gesuchsteller

Laut Abklärungsbericht werde das Kindeswohl beim Gesuchsteller teilweise berücksichtigt. Als Risikofaktoren gelten, dass er den Kindern eher wenig Orientierung im Alltag vermitteln könne, die Förderung der Kinder wenig ausgereift sei und wenig Vielfalt zeige. Er lebe isoliert und verfüge über wenig soziale Kontakte. Grösstenteils sei er alleine mit den Kindern unterwegs. Sodann sei seine aktuelle Erwerbssituation unklar. Seine Arbeitslosigkeit und Isolation würden für die Kinder soziale Belastungen durch vernachlässigte Strukturen in der Familie aufzeigen. Mit den empfohlenen Kinderschutzmassnahmen könne das Kindeswohl beim Gesuchsteller jedoch angemessen berücksichtigt werden. Er habe mit den Kindern einen liebevollen Umgang, zeige sich geduldig und einfühlsam. Für F.\_\_\_\_\_ sei er eine vertraute und verfügbare Bezugsperson. Er sei zuverlässig, pünktlich und verbindlich. Die Krippe und Spielgruppe ermöglichten F.\_\_\_\_\_ mit anderen Bezugspersonen und Kindern ein gutes soziales Lernfeld (Urk. 58 S. 19). Sollte das Gericht weiterhin der Überzeugung sein, dass die Brüder gemeinsam aufwachsen sollten, empfiehlt der Abklärungsbericht, die Obhut über beide Kinder dem Gesuchsteller zuzuteilen. Diese Variante 1 (anstelle von Variante 2, wonach die Brüder je bei einem Elternteil aufwachsen sollten) wird von den Abklärenden denn auch favorisiert (Urk. 58 S. 21).

Gemäss ärztlichem Bericht von Dr. M.\_\_\_\_\_ vom 15. Februar 2016 habe der Gesuchsteller glaubhaft angegeben, nie regelmässig Cannabis konsumiert zu haben. In den letzten vier Monaten habe es keinen Konsum gegeben, die Urinproben seien alle negativ ausgefallen (Urk. 64). Die Anschuldigung der Gesuchsgegnerin, wonach der Gesuchsteller ein Kiffer sei (Prot. I BV und vsM vom 14. September 2015, S. 5), konnte somit nicht erhärtet werden.

Der Gesuchsteller ist sich bewusst, was mit der Betreuung von zwei Kindern auf ihn zukäme (Prot. I Fortsetzung HV vom 14. März 2016, S. 10). Er habe auch schon in der Vergangenheit beide Kinder betreut, während die Gesuchsgegnerin gearbeitet habe. Er sei nicht überfordert gewesen (Prot. I Fortsetzung HV, S. 11).

Im Rahmen ihrer Berufung trägt die Gesuchsgegnerin nichts Substantielles gegen die Erziehungsfähigkeit des Gesuchstellers vor. Es wird einzig vorgebracht, es sei sehr fragwürdig, ob der Gesuchsteller auf die Dauer für eine gute Erziehung der beiden Söhne nicht überfordert sei, scheine er doch nicht zu merken, wenn ein Kind krank sei. Dass der Gesuchsteller zuverlässiger sei, sei zweifelhaft und nicht vertieft belegt. Zudem vernachlässige er den Haushalt (Urk. 84 S. 6). Wie bereits die Vorinstanz richtig bemerkte, geht der Abklärungsbericht davon aus, dass es für beide Eltern leichter sei, für ein Kind angemessen zu sorgen, als für zwei. Allerdings wird gleichwohl die Obhutszuteilung beider Kinder an den Gesuchsteller empfohlen, ohne dass eine allfällige Überforderung des Gesuchstellers als Risikofaktor genannt wird (Urk. 81 S. 16; Urk. 58 S. 16, 19). Dass der Gesuchsteller in der Vergangenheit nicht genügend nach den Kindern geschaut haben soll (vgl. Urk. 108 S. 2), vermag die Gesuchsgegnerin nicht näher zu substantiieren. Zudem widerspricht solches ihrem vorinstanzlichen Eingeständnis, wonach er ein guter Vater sei (Prot. I HV, S. 18 f.), und wird auch durch den Abklärungsbericht in keinster Weise erhärtet. Es ist im Übrigen notorisch, dass kleinere Kinder auch bei Fieber noch verhältnismässig fit sind. Zudem kann ein am Morgen fieberfreies Kind gegen Abend wieder Fieber entwickeln. Ausschlaggebend ist stets der Allgemeinzustand des Kindes. Es kann dem Gesuchsteller jedenfalls nicht vorgeworfen werden, E.\_\_\_\_\_ gefährdet zu haben, als er mit ihm trotz Fieber spazieren und auf die Chilbi ging (vgl. Prot. I BV und vsM, S. 13, 16).

Nach dem Gesagten ist der Vorinstanz beizupflichten, dass die Erziehungsfähigkeit des Gesuchstellers lediglich leicht eingeschränkt ist und solchem mittels den von der Vorinstanz getroffenen Kindesschutzmassnahmen (Urk. 81 S. 26, Dispositivziffern 3 und 4) ohne weiteres hinreichend begegnet werden kann, so dass das Kindeswohl beider Kinder gewahrt wird. Der Gesuchsteller ist im Übrigen auch bereit, "viel professionelle Unterstützung zur Hilfe" zu nehmen (Prot. I Fortsetzung HV, S. 10).

Bei der erst im Rahmen ihrer Replik zur Berufungsantwort vorgebrachten neuen Behauptung der Gesuchsgegnerin, wonach nie hinterfragt worden sei, weshalb der Gesuchsteller F.\_\_\_\_\_ in die Kinderkrippe bringe, wenn er sich doch - man-

gels Erwerbstätigkeit - vollumfänglich um ihn kümmern könnte (Urk. 108 S. 1 f.), handelt es sich einerseits um ein unzulässiges Novum (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Andererseits ist nicht davon auszugehen, dass der fürsorgeabhängige Gesuchsteller nie mehr erwerbstätig sein wird. Auch das Sozialamt hat seine diesbezüglichen Vorgaben. Offenbar hat der Gesuchsteller denn auch Aussicht auf eine durch den Staat finanzierte Umschulung (vgl. Prot. I Fortsetzung HV, S. 10, 12). Und schliesslich besucht F.\_\_\_\_\_ lediglich an zwei ganzen Wochentagen die Kinderkrippe und zusätzlich einmal pro Woche einen halben Tag die Spielgruppe (vgl. Urk. 58 S. 3, 12; Prot. I Fortsetzung HV, S. 12). Dass diese durchaus noch massvolle Fremdbetreuung dem Kindeswohl dienlich und insbesondere dem kindlichen Sozialverhalten förderlich ist, bedarf keiner weiteren Worte. Es spricht denn auch vielmehr für den Gesuchsteller, welcher selbst eher isoliert lebt (Urk. 58 S. 14), dass er F.\_\_\_\_\_ auf diese Weise Sozialkontakte ermöglicht.

**b) Gesuchsgegnerin**

Gemäss Abklärungsbericht berge die Überforderung und Instabilität der Gesuchsgegnerin im Alltag für die persönliche Entwicklung der Kinder, vor allem von E.\_\_\_\_\_, Gefahren. Die Interaktion zwischen der Gesuchsgegnerin und E.\_\_\_\_\_ zeige eine grosse Überforderung bei der Gesuchsgegnerin und eine grosse Not bei E.\_\_\_\_\_. Das ambivalente Auftreten der Gesuchsgegnerin gegenüber ihrem Sohn sei für E.\_\_\_\_\_ schwierig zu interpretieren. Die Handlungen der Gesuchsgegnerin seien für E.\_\_\_\_\_ schwer vorhersehbar und verunsicherten ihn. Die Hektik, welche die Gesuchsgegnerin im Alltag zum Ausdruck bringe, wirke sich ungünstig auf E.\_\_\_\_\_'s Befindlichkeit aus. Die Sprache und der Umgang mit den Kindern, vor allem mit E.\_\_\_\_\_, würden auf mangelnde Erziehungs- und Beziehungskompetenzen hinweisen. Seitens der Gesuchsgegnerin könne wenig empathisches Verhalten und "sich einfühlen können" ins Kind wahrgenommen werden. Es sei der Eindruck entstanden, dass es ihr schwer falle, die Bedürfnisse der Kinder aus deren Perspektive wahrzunehmen und die Wahrnehmung der kindlichen Bedürfnisse stark durch ihre eigene Perspektive geprägt sei. Die realistische Einschätzung ihrer Ressourcen gelinge der Gesuchsgegnerin wenig. Die Kombination der schwierigen Mutter-Kind-Interaktion zwischen E.\_\_\_\_\_ und der Gesuchs-

gegnerin sowie der weiter bestehende Verdacht auf unkontrollierten Alkoholkonsum hinterliessen bei den Abklärenden Fragezeichen in Bezug auf die Obhutszuweisung. Aktuell sei das Kindeswohl von E.\_\_\_\_\_ bei der Gesuchsgegnerin nicht genügend gesichert. Zwar sei es ihr gelungen, sich in ... in kurzer Zeit ein gutes soziales Netz aufzubauen und ihre Erwerbstätigkeit von 40 % schein gut mit dem Kindeswohl kompatibel, zumal sie für die Betreuung von E.\_\_\_\_\_ eine erfahrene Tagesmutter, welche ihn zu Hause betreue, habe organisieren können. E.\_\_\_\_\_ fühle sich wohl im Kindergarten, sei dort gut integriert und habe auch Freunde gefunden. Weil die Gesuchsgegnerin bislang aber wenig stabil gewesen sei, bestehe die Sorge, dass sie wieder aus ... wegziehen könnte und dadurch wichtige stabilisierende Faktoren für E.\_\_\_\_\_ wegfielen (Urk. 58 S. 18 ff.).

Aufhorchen lassen die im Abklärungsbericht wiedergegebenen Äusserungen der Tagesmutter, N.\_\_\_\_\_, welche E.\_\_\_\_\_ an zwei Vormittagen von 6.00 Uhr bis zum Kindergartenbeginn zufolge der arbeitsbedingten Abwesenheit der Gesuchsgegnerin betreute (Urk. 58 S. 3; Prot. I BV und vsM, S. 11), und damit einen guten Einblick in den Alltag von E.\_\_\_\_\_ und der Gesuchsgegnerin bekam. Mit ihr führten die Abklärenden am 11. Dezember 2015 ein persönliches sowie am 5. Februar 2016 ein telefonisches Gespräch (Urk. 58 S. 2 f.). Die Tagesmutter erklärte, wenn sie alleine mit E.\_\_\_\_\_ sei, sei er umgänglich und liebenswürdig. Er brauche viel Zuwendung und klare Strukturen. Fröhlich, wenn die Gesuchsgegnerin noch zu Hause sei, sei E.\_\_\_\_\_ sehr aggressiv. Der Umgang zwischen den beiden sei aggressiv und ihre Sprache sehr gewöhnungsbedürftig (Urk. 58 S. 6). Sie erlebe die Gesuchsgegnerin im Umgang mit E.\_\_\_\_\_ als sehr belastet. Es eskaliere häufig, wenn die beiden aufeinander prallten. Die Sprache von beiden sei schlimm anzuhören, der Ton aggressiv und die Wortwahl nicht adäquat. Sie erlebe die Gesuchsgegnerin als überfordert, sehr aktiv, sie wolle alles gut machen, beschönige die Realität. Mit zwei Kindern wäre die Gesuchsgegnerin überfordert. Sie könne ihre Ressourcen schlecht einschätzen und mache viel, was sie in Unruhe versetze. Die Gesuchsgegnerin sei jedoch ein liebenswerter Mensch, der Hilfe brauche (Urk. 58 S. 10). Immerhin ist zugunsten der Gesuchsgegnerin zu bemerken, dass sie am Morgen früh vor der Arbeit wohl leicht angespannt sein und sich dies auch auf ihr Verhalten gegenüber E.\_\_\_\_\_ auswirken dürfte. Die

Angaben der Gesuchsgegnerin, wonach sich das Verhältnis zwischen ihr und E.\_\_\_\_\_ seit Januar 2016 merklich entspannt habe, konnten von der Tagesmutter jedoch nicht bestätigt werden, welche die Beziehung immer noch als sehr belastet wahrnimmt. Die Gesuchsgegnerin liebe ihre Kinder über alles, wolle alles gut machen. Sie sei jedoch überfordert, rede vieles schön und brauche Unterstützung (Urk. 58 S. 14).

Sehr bedenklich stimmt sodann, dass die Abklärenden bei sämtlichen Kontakten mit der Gesuchsgegnerin und E.\_\_\_\_\_ in deren Interaktion äusserst auffällige und konflikthafte Szenen miterlebten (Urk. 58 S. 6, 7 f., 16, Tobsuchtsanfall von E.\_\_\_\_\_ aus nichtigem Anlass, Beschimpfungen gegenüber der Gesuchsgegnerin und F.\_\_\_\_\_, Bewerfen der Gesuchsgegnerin mit Duploklötzen, Einsperren wollen der Gesuchsgegnerin, mehrfaches Weinen von E.\_\_\_\_\_ etc.). Daraus erhellt deutlich, dass die Gesuchsgegnerin mit E.\_\_\_\_\_ überfordert ist. Solches wird auch durch den Kindergarten in ... (Kindergärtnerinnen: Frau I.\_\_\_\_\_, Frau O.\_\_\_\_\_), bestätigt (Urk. 58 S. 2 f., 10; vgl. auch Urk. 86/2). Dieses auffällige Verhalten E.\_\_\_\_\_s gegenüber der Gesuchsgegnerin kann sodann kaum (allein) auf einen allfälligen negativen Einfluss durch den Gesuchsteller zurückgeführt werden, zumal es mehrfach von unabhängigen Drittpersonen beobachtet wurde und nicht nur unmittelbar nach den Besuchen beim Gesuchsteller auftrat, sondern vielmehr permanent (vgl. insbes. Urk. 58 S. 14). Insbesondere der besorgniserregende Umgangston mit dem Kind kommt von der Gesuchsgegnerin, und wird vom Kind natürlich so erwidert. Dass E.\_\_\_\_\_ gewisse Schimpfworte auch beim Gesuchsteller aufgeschnappt haben könnte (Urk. 108 S. 1), ändert daran nichts. Anhaltspunkte, wonach der Gesuchsteller E.\_\_\_\_\_ gegen die Gesuchsgegnerin aufhetzen und diese beim Kind systematisch schlecht machen sollte, bestehen im Übrigen keine. Ein solcher negativer Einfluss wird auch im Abklärungsbericht nirgends erwähnt. Wie viele Trennungskinder leidet E.\_\_\_\_\_ allerdings unter einem Loyalitätskonflikt (Urk. 58 S. 7; vgl. auch Urk. 81 S. 13). Auffällig ist auch, dass E.\_\_\_\_\_ sich offenbar nur in Gegenwart der Gesuchsgegnerin als schwieriges Kind (vgl. Urk. 84 S. 5) präsentiert, während er im übrigen Umfeld, wie dem Kindergarten, bei der Tagesmutter und auch beim Vater nicht als schwieriges, aggressives Kind in Erscheinung tritt (Urk. 58 S. 6, 10, 13; Urk. 86/2, 3). Der Ein-

druck im Abklärungsbericht, wonach es der Gesuchsgegnerin am nötigen Einfühlvermögen in die Kinder fehle, zumal sie das aggressive Verhalten von E. \_\_\_\_\_ ihr gegenüber nicht verstehen könne (Urk. 58 S. 16, 18), erscheint nachvollziehbar.

Der Abklärungsbericht geht sodann von einem weiter bestehenden Verdacht auf unkontrollierten Alkoholkonsum bei der Gesuchsgegnerin aus (Urk. 58 S. 18). Seit 1992 besteht bei der Gesuchsgegnerin mit Unterbrüchen eine Alkoholproblematik. Die Gesuchsgegnerin räumte vor Vorinstanz denn auch ein, dass sie ab und zu Alkoholexzesse gehabt habe. Bei Stress bzw. wenn sie unter grossem Druck stehe, trinke sie Alkohol und kenne dann keine Grenzen. Die Gesuchsgegnerin besucht einmal wöchentlich eine Suchtberatung. Zeitweise nahm sie auch Antabus (Prot. I Fortsetzung HV, S. 12-14, 15, 17; Prot. I HV, S. 21 f.; Prot. I BV und vsM, S. 8 f., 15; Urk. 34/17, 18).

Laut der verkehrsmedizinischen Begutachtung vom 15. Juni 2015, welche aufgrund einer Trunkenheitsfahrt der Gesuchsgegnerin am 20. Dezember 2014 veranlasst wurde, müsse bei der Gesuchsgegnerin von einem zumindest phasenweisen Alkoholüberkonsum ausgegangen werden. Aufgrund der ermittelten Blutalkoholkonzentration und der nur mässig auffälligen körperlichen Untersuchung anlässlich der Trunkenheitsfahrt müsse zudem von einer gewissen Alkoholgewöhnung gesprochen werden. Die Gesuchsgegnerin habe insgesamt nur vage Auskunft über ihren Alkoholkonsum gegeben und ein missbräuchliches Alkoholkonsumverhalten mit Toleranzentwicklung verneint. Es bestehe zudem nur eine bedingte Problemeinsicht. Dabei bleibe festzuhalten, dass das Erreichen von Alkoholisierungen im Bereich von über 2,00 Gewichtspromillen mit soweit unauffälliger klinischer Untersuchung, wie es bei der Gesuchsgegnerin anlässlich der Trunkenheitsfahrt vorgelegen habe, aus medizinischer Sicht für einen von der Norm abweichenden und übermässigen Alkoholkonsum spreche. Ihre Fahreignung wurde daher aus verkehrsmedizinischer Sicht aufgrund eines verkehrsrelevanten Alkoholmissbrauchs verneint und eine erneute Beurteilung der Fahreignung frühestens Mitte Oktober 2015, nach mindestens viermonatiger Einhaltung einer Alkohol- sowie Medikamentenabstinenz, in Aussicht gestellt (Urk. 14/1 S. 3 f.). Im Rahmen dieser Begutachtung gab die Gesuchsgegnerin im Übrigen offen-

bar an, noch nie in ihrem Leben Drogen eingenommen zu haben (Urk. 14/1 S. 2), was mit Blick auf die beigezogenen KESB-Akten sichtlich nicht stimmt (vgl. Prot. I HV, S. 21, wonach zwischen 1995 bis 2009 eine ausgeprägte Suchtproblematik [Kokain, Amphetamin und Extasy] bestand; Urk. 15/1, 2).

Vor Vorinstanz liess die Gesuchsgegnerin im Übrigen noch beantragen, das verkehrsmedizinische Gutachten sei aus dem Recht zu weisen, weil der Gesuchsteller den Brief des Strassenverkehrsamtes ohne ihr Wissen geöffnet und das Gutachten kopiert habe (Urk. 20 S. 5; Prot. I HV, S. 2, 4). Im Berufungsverfahren machte sie solches nicht mehr geltend (Urk. 84; Urk. 87 und Urk. 108). Selbst wenn der Gesuchsteller das Briefgeheimnis verletzt haben sollte, könnte das Gutachten mit Blick auf Art. 152 Abs. 2 ZPO vorliegend gleichwohl Beachtung finden, weil das Interesse an der Wahrheitsfindung mit Blick auf das Kindeswohl und die anwendbare umfassende Untersuchungsmaxime (Art. 55 Abs. 2 ZPO; Art. 296 Abs. 1 ZPO) überwiegt. Zudem räumte die Gesuchsgegnerin selbst, wie dargetan, mehrfach ein, ein Alkoholproblem zu haben.

Offenbar bat die KESB die Gesuchsgegnerin, eine Haarprobe abzugeben, worauf diese sich die Haare kurz schneiden und färben liess. Damit verhinderte sie gezielt eine Untersuchung ihres Konsumverhaltens (Prot. I HV, S. 23; vgl. auch Prot. I BV und vsM, S. 11). Dies lässt die Gesuchsgegnerin nicht eben in einem günstigen Licht erscheinen.

Gemäss ärztlichem Zeugnis von Dr. med. J.\_\_\_\_\_ vom 24. Februar 2016 hätten bei der Gesuchsgegnerin aufgrund regelmässiger Konsultationen und regelmässigen sachdienlichen Laboruntersuchungen im Zeitraum vom 6. Oktober 2015 bis 24. Februar 2016 keinerlei Anzeichen eines regelmässigen und übermässigen Alkoholkonsums vorgelegen (Urk. 54). Am 9. März 2016 bestätigte Dr. J.\_\_\_\_\_ gegenüber der Vorinstanz telefonisch, dass die Wahrscheinlichkeit klein sei, dass die Gesuchsgegnerin regelmässig übermässig Alkohol konsumiere. Er konnte aber nicht ausschliessen, dass periodische Alkoholexzesse stattfinden könnten und bei den erfolgten Tests trotzdem ein negativer Wert resultiere (Urk. 60).

Die Gefährdungsmeldungen bei der KESB Appenzell Ausserrhoden betreffend E.\_\_\_\_\_ durch die Heimleitung und damalige Arbeitgeberin der Gesuchsgegnerin des Alters- und Pflegeheims ... sowie durch die Kantonspolizei Appenzell Ausserrhoden betreffen beide den Vorfall vom 17./18. Februar 2016, als die Gesuchsgegnerin stark betrunken war, bewusstlos wurde und vor ihrem Wohnhaus in Anwesenheit von E.\_\_\_\_\_ und Nachbarn vom Rettungsdienst betreut werden musste. E.\_\_\_\_\_ wurde für die Nacht von Nachbarn aufgenommen, welche auch dafür sorgten, dass er am nächsten Morgen in den Kindergarten kam. Die Gesuchsgegnerin habe jedoch nachts um zirka 2.00 Uhr bei der Nachbarin und Mitarbeiterin geklopft und gefragt, wo E.\_\_\_\_\_ sei (Urk. 56 und 62; Prot. I Fortsetzung HV, S. 14).

Gemäss Verfügung des Departementes Inneres und Sicherheit des Kantons Appenzell Ausserrhoden, Strassenverkehrsamt, Administrativmassnahmen, vom 19. April 2016 hat die Gesuchsgegnerin eine Abstinenz gegenüber Alkohol und suchterzeugenden zentralwirksamen Medikamenten einzuhalten, sofern sie ihren ihr wiedererteilten Führerausweis behalten möchte. Die Abstinenz wird für mindestens zwei Jahre ab Verfügungsdatum durch Haaranalyse alle sechs Monate, erstmals Ende September 2016, durch die Rechtsmedizin kontrolliert werden. Zudem muss sie bei der Beratungsstelle für Suchtfragen in ... eine Fachtherapie besuchen und alle sechs Monate einen Verlaufsbericht einreichen. Die Gesuchsgegnerin erklärte sich mit diesen Auflagen einverstanden (vgl. Urk. 86/4; Urk. 108 S. 2; Urk. 110/11).

Die stationäre Mutter-Kind-Therapie in der Klinik ..., mit welcher laut Abklärungsbericht ein erster wichtiger Schritt im Hinblick auf die Veränderung der Mutter-Sohn-Beziehung hätte stattfinden können (Urk. 58 S. 16) und wovon die Gesuchsgegnerin sich selbst viel versprach (vgl. Urk. 65; Prot. I Fortsetzung HV, S. 6, 13), hat die Gesuchsgegnerin offenbar vorzeitig nach etwas mehr als fünf Wochen ohne Erfolg abgebrochen. So hätte gemäss eigenen Angaben der Gesuchsgegnerin eine erfolgreiche Behandlung im Mutter-Kind-Haus ... etwa drei Monate benötigt, wobei sie um den 20. Juli 2016 ausgetreten wäre (Urk. 87 S. 3). Die Gesuchsgegnerin und E.\_\_\_\_\_, welche sich seit 20. April 2016 in der statio-

nären psychotherapeutischen Eltern-Kind-Behandlung befanden (Urk. 86/5), haben jedoch bereits am 27. Mai 2016 den Spital ... wieder verlassen (Urk. 94 und Urk. 96), also über sieben Wochen früher als geplant (vgl. auch Urk. 104 S. 3-5). Dieser vorzeitige Therapieabbruch, ohne dass die Gesuchsgegnerin dafür eine plausible Erklärung liefert (vgl. Urk. 108), erweckt grosse Bedenken. Zudem hat sie (zunächst) nicht bestritten, dass der Grund für den Abbruch der Therapie im Spital ... offenbar die Unmöglichkeit war, den Alkoholentzug weiterzuführen (Urk. 94 und 96; Urk. 113 S. 2). Ihre nachgeschobene verspätete Behauptung im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung vom 1. September 2016, wonach der Abbruch des Klinikaufenthalts einzig erfolgt sei, weil die rechtliche Grundlage über die Obhut bei der Mutter nicht gegeben gewesen sei (vgl. Urk. 119 S. 2 unten), wird weder belegt, noch erscheint solches nachvollziehbar, zumal der Gesuchsgegnerin die Obhut über E.\_\_\_\_\_ aufgrund der Präsidialverfügung vom 23. Juni 2016 jedenfalls für die Dauer des Berufungsverfahrens wieder zukam (Urk. 39; Prot. II S. 6).

Laut Gefährdungsmeldung von I.\_\_\_\_\_, Wirtin des Restaurants ... in .../AR vom 16. August 2016, soll die Gesuchsgegnerin am 15. August 2016 ihr Lokal besucht haben und zirka um 20.15 Uhr so stark betrunken gewesen sein, dass sie beschlossen habe, die Gesuchsgegnerin nach Hause zu fahren. Als sie mit der Gesuchsgegnerin vor dem Haus angekommen sei, sei E.\_\_\_\_\_ alleine draussen vor dem Haus gewesen und habe auf die Ankunft der Mutter gewartet. Er habe kalt gehabt und sei sehr hungrig gewesen. Sie habe die Gesuchsgegnerin in die Wohnung tragen müssen, weil sie nicht mehr im Stande gewesen sei, selber in die Wohnung zu gehen. Sie und der Nachbar (O.\_\_\_\_\_) hätten sich dann um E.\_\_\_\_\_ und die Gesuchsgegnerin gekümmert. Sie mache diese Meldung, weil dies keine Umstände für ein Kleinkind wie E.\_\_\_\_\_ seien (Urk. 114). Diese jüngste Gefährdungsmeldung ist sachlich abgefasst und erscheint glaubhaft, insbesondere zumal die Wirtin auch ein ökonomisches Interesse an weiteren Gastwirtschaftsbesuchen der Gesuchsgegnerin haben und insbesondere in einem kleinen Dorf wie ... nicht leichthin falsche Angaben über die Gesuchsgegnerin machen dürfte. Hinweise wonach der Gesuchsteller mit der Wirtin den Brief abgesprochen und gar den Inhalt vorgegeben haben sollte, wie ihm dies die Gesuchsgegnerin

unterstellen will (Urk. 119 S. 2 oben), sind keine ersichtlich. Dass der Gesuchsteller sich mit Blick auf das Alkoholproblem der Gesuchsgegnerin um das Wohl von E.\_\_\_\_\_ sorgt, versteht sich und lässt auch nachvollziehbar erscheinen, wenn er am Tag nach dem Vorfall das Lokal aufsuchte. Die neuerliche Gefährdungsmeldung lässt im Übrigen auch die Äusserungen des Nachbarn (O.\_\_\_\_\_) im Zusammenhang mit dem Vorfall vom 17./18. Februar 2016, wonach die Gesuchsgegnerin sehr oft betrunken sei und E.\_\_\_\_\_ schön öfters hungrig vor seiner Türe gestanden habe (vgl. Urk. 62 S. 2), in einem anderen Licht erscheinen (vgl. Urk. 36 S. 10).

Zwar trinkt die Gesuchsgegnerin wohl nicht regelmässig übermässig Alkohol. Allerdings verfällt sie doch gelegentlich exzessivem Alkoholkonsum, insbesondere wenn sie unter Stress steht. Ihr Alkoholproblem ist mit Blick auf die weitere glaubhafte Gefährdungsmeldung vom 16. August 2016 nach wie vor akut. Die wiederholten Totalabstürze bis zur Bewusstlosigkeit der Gesuchsgegnerin gefährden das Wohl von E.\_\_\_\_\_ massiv. Bedenklich erscheint auch, dass die Gesuchsgegnerin trotz laufendem Rechtsmittelverfahren betreffend die Obhutzuweisung über E.\_\_\_\_\_ sowie die per Ende September 2016 anstehende Haaranalyse im Zusammenhang mit dem ihr auf Probe wiedererteilten Führerausweis (Urk. 86/4; Urk. 110/11) erneut massiv dem Alkohol verfiel. Die Sucht scheint stärker zu sein, als ihre grundsätzlich vorhandene Einsicht ins Alkoholproblem, und vermag auch durch die laufende Gesprächstherapie nicht gestoppt zu werden. Die Gesuchsgegnerin hat sich sichtlich nicht im Griff. Im Übrigen würde eine umsichtige Person, welche ihren Alkoholkonsum und ihre Erziehungsaufgaben im Griff hat, kaum irgendwelchen Alkohol zu sich nehmen, wenn sie an einer Durchfallerkrankung leidet, wie dies die Gesuchsgegnerin offenbar tat (vgl. Urk. 119 S. 2; Urk. 121/2). Die ärztliche Bescheinigung vom 30. August 2016, wonach die Gesuchsgegnerin sich bei Dr. Q.\_\_\_\_\_ mit einer Durchfallerkrankung seit dem Morgen des 15. August 2016 vorgestellt habe und wonach in einer solchen Situation eine Alkoholaufnahme eine deutlich stärkere Wirkung entfalten könne als in einer normalen Situation (Urk. 121/2), vermag die Gesuchsgegnerin denn auch nicht zu entlasten. Sie beruht zudem, insbesondere betreffend den angeblichen Beginn der Erkrankung, einzig auf den eigenen Angaben der Gesuchsgegnerin.

Nicht zuletzt mit Blick auf die jüngste Vergangenheit, namentlich den Vorfall vom 17./18. Februar 2016 und nunmehr jenen vom 15. August 2016, wozu es trotz der seit 14. August 2015 in Angriff genommenen Suchttherapie und angestrebten Totalabstinenz (vgl. Urk. 34/17, 18) sowie während laufendem Eheschutzverfahren kam, sowie auch angesichts des vorzeitigen Abbruchs der stationären Therapie Ende Mai 2016, bleibt die Gefahr erneuter Alkoholexzesse der Gesuchsgegnerin und einer damit einhergehenden massiven Gefährdung des Wohls von E.\_\_\_\_\_ konkret bestehen. Es ist allgemein bekannt, dass die Chancen, vom Alkohol wegzukommen, erheblich geschmälert oder sogar verunmöglicht werden, wenn weiterhin Alkohol konsumiert wird, und seien das nur geringe Mengen. Es braucht Totalabstinenz. Die Rückfallgefahr ist jedoch ohnehin hoch, selbst bei totalabstinenten Ex-Alkoholikern.

Ausschlaggebend ist mit Blick auf die Beurteilung der Erziehungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin aber letztlich nicht einzig ihr Alkoholproblem, sondern vielmehr ihre auffällige Interaktion mit E.\_\_\_\_\_ sowie ihre durch verschiedene Drittpersonen (Tagesmutter, Kindergartenlehrperson und die Abklärenden) bestätigte Überforderung mit E.\_\_\_\_\_ im Alltag. Daran ändert nichts, dass sie nunmehr offenbar ihr 40%-Arbeitspensum (wobei sie krankgeschrieben war, vgl. Prot. I Fortsetzung HV, S. 8) aufgegeben hat und eine Weiterbildung absolviert (vgl. Urk. 108; zuvor war sie allerdings noch auf Arbeitssuche: Urk. 84 S. 2). Zwar wird das zeitliche Ausmass dieser Allgemeinausbildung für Erwachsene im Schuljahr 2016-2017 nicht näher dargetan. Immerhin lässt sich der Aufnahmebestätigung vom 4. Juli 2016 jedoch entnehmen, dass ihr Schultag jeweils am Freitag ist. Zusammen mit dem eigenständigen Lernen und den Prüfungsvorbereitungen etc. dürfte jedenfalls mindestens ein ähnliches Pensum wie zuvor mit der Erwerbstätigkeit resultieren. Es ist nicht zu erwarten, dass ihrer Überforderung mit E.\_\_\_\_\_ allein durch den Wegfall des Teilzeitarbeitspensums hinreichend beigegeben werden kann. Die Gesuchsgegnerin vermag E.\_\_\_\_\_ die nötige Stabilität und Verlässlichkeit zur Zeit so oder anders nicht zu vermitteln.

Resümiert ist der vorinstanzlichen Auffassung somit beizupflichten, wonach die Erziehungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin erheblich beeinträchtigt erscheint. Es

ist der Vorinstanz auch darin zuzustimmen, dass dieser Einschränkung mittels Kinderschutzmassnahmen und durch die Suchttherapie innert absehbarer Zeit nicht genügend begegnet werden kann (Urk. 81 S. 13).

#### **4.2. Bisherige Betreuung des Kindes in der Vergangenheit**

Die Gesuchsgegnerin hatte nach den Geburten und anschliessender Betreuung der beiden Kinder zu Hause im August 2013 wieder zu arbeiten begonnen, weil sie aus der Fürsorgeabhängigkeit heraus kommen wollte. Sie arbeitete dann bei verschiedenen Arbeitgebern im Stundenlohn bzw. im 80 %- bis 100 %-Pensum, während der Gesuchsteller mehrheitlich zu Hause bei den beiden Kindern verblieb (Prot. I HV, S. 7, 10, 18 f.; Prot. I Fortsetzung HV, S. 11; Urk. 23/1, 2; Urk. 20 S. 3, 5; Urk. 10/2, 3; Urk. 14/2; Urk. 58 S. 4, 11).

Seit der Trennung der Parteien im Juni 2015 lebt E. \_\_\_\_\_ zusammen mit der Gesuchsgegnerin in ..., weshalb diese seit über einem Jahr seine Hauptbezugsperson ist. Sein jüngerer Bruder F. \_\_\_\_\_ verblieb demgegenüber in D. \_\_\_\_\_ unter der Obhut des Gesuchstellers.

#### **4.3. Möglichkeit und Bereitschaft der künftigen persönlichen Betreuung**

Der Gesuchsteller ist, wie erwähnt, zurzeit erwerbslos und fürsorgeabhängig. Im Oktober/November 2015 hatte er eine Blockade im Rücken, weshalb er nicht mehr im angestammten Beruf (Umzüge/Lieferung/Montage von Möbeln; Urk. 14/2; Prot. I HV, S. 10, 27) arbeiten kann. Eine Umschulung ist von der Gemeinde geplant und eine IV-Anmeldung hängig (Prot. I Fortsetzung HV, S. 10, 12).

Die Gesuchsgegnerin arbeitete seit September 2015 zu 40 % im Alters- und Pflegezentrum in .... Nachdem sie zunächst krankgeschrieben war, kündigte sie per Ende März 2016. Am 19. August 2016 hat sie eine einjährige, vom Sozialamt finanzierte Allgemeinbildung für Erwachsene in Angriff genommen, wobei der Schultag jeweils am Freitag ist. Ihr Fernziel ist die Absolvierung der FAG-Lehre. Neben der Schule könnte sie etwa 40 bis 60 % erwerbstätig sein. Zurzeit lebt sie jedoch gänzlich vom Sozialamt (Urk. 108 S. 2; Urk. 110/9, 10; Urk. 58 S. 3; Prot. I HV, S. 27; Prot. I Fortsetzung HV, S. 8, 22).

Die Möglichkeit und Bereitschaft der persönlichen Betreuung erscheint bei beiden Parteien mithin in etwa gleichwertig. Beide könnten die Kinder, wobei nun auch F.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2011, in den ersten Kindergarten eingeschult wurde (vgl. auch Prot. I Fortsetzung HV, S. 9), vor und nach dem Kindergarten zur Zeit umfassend betreuen, wobei jedoch beide in absehbarer Zeit wieder arbeiten müssen.

#### 4.4. Stabilität der Verhältnisse

Wie erwähnt, lebt E.\_\_\_\_\_ seit der Trennung der Parteien im Juni 2015 mit der Gesuchsgegnerin in ..., wo er seit August 2015 auch den Kindergarten besucht. Der Stabilität abträglich war sicherlich der (gescheiterte) Aufenthalt der Gesuchsgegnerin mit E.\_\_\_\_\_ in der Klinik in ... vom 20. April 2016 bis 27. Mai 2016, welcher auch einen Unterbruch des Kindergartenbesuchs in ... nach sich zog (Urk. 86/5; Urk. 94; Urk. 96).

Die Kindergärtnerin von E.\_\_\_\_\_ führte in ihrem Schreiben vom 6. Mai 2016 aus, dass sie E.\_\_\_\_\_ als aufgeweckten, witzigen und anhänglichen Jungen erlebe. Er habe Freunde und sei gut integriert. Der Kindergarten sei für ihn ein Bezugspunkt geworden, der ihm Sicherheit und Freude biete. Ihn (schon wieder) aus einem vertraut gewordenen Umfeld heraus zu reissen, sei ganz bestimmt nicht das, was E.\_\_\_\_\_ brauche. E.\_\_\_\_\_ erscheine immer sauber angezogen und pünktlich (Urk. 86/2). Gemäss dem Schreiben der Schulischen Heilpädagogin von E.\_\_\_\_\_ vom 4. Mai 2016 müsse in Bezug auf E.\_\_\_\_\_ absolut verhindert werden, dass Erfahrungen von Beziehungsabbrüchen wiederholt würden. Dazu gehörten ein Kindergartenwechsel und eine Familiensituationsveränderung. Sie sei überzeugt, dass wenn eine Familiensituationsveränderung mit Kindergartenwechsel stattfindende, dies die Weiterentwicklung von E.\_\_\_\_\_ sehr gefährde (Urk. 86/3).

Zwar scheint es E.\_\_\_\_\_ im Kindergarten in ... erfreulicherweise gut zu gehen, allerdings benötigt er gemäss Schreiben von Dr. med. L.\_\_\_\_\_ vom 26. Mai 2016 an den KJPD St. Gallen sowohl aus Sicht der Klinik ... wie auch aus seiner Sicht gleichwohl weiterhin ambulante kinderpsychiatrische Betreuung (Urk. 102/8). Diese wurde denn auch in die Wege geleitet (Urk. 108 S. 2 f.). Bei E.\_\_\_\_\_ bestehe ein Nähe-Distanz-Problem, er habe Bindungsschwierigkeiten und leide unter ei-

nem Loyalitätskonflikt. Das erneute Einnässen sei als psychoreaktive Störung zu sehen (Urk. 58 S. 7).

Die Stabilität der örtlichen und schulischen Verhältnisse würde für einen Verbleib von E.\_\_\_\_\_ in ... unter der Obhut der Gesuchsgegnerin sprechen. Allerdings handelt es sich hierbei nur um eines, nicht per se überwiegendes Kriterium für die Zuteilung der Obhut. Veränderungen sind zwar immer schwierig, bergen aber auch Chancen. Gerade Kinder sind diesbezüglich sehr anpassungsfähig. Dass E.\_\_\_\_\_ sich sehr gut mit seinem gleichaltrigen Cousin in ... verstehe, er diesem sehr nahe stehe und sie viel zusammen unternehmen würden (vgl. Urk. 84 S. 3f), ist neu und verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Zudem war von einer solchen engen Beziehung zum Cousin im Abklärungsbericht in keiner Weise die Rede. Im Übrigen kann diese verwandtschaftliche Beziehung auch im Rahmen von Besuchen bei der Gesuchsgegnerin in ... gebührend gepflegt werden.

**4.5. Bereitschaft dem anderen, nicht obhutsinhabenden Elternteil einen unbeschwertem Kontakt zum Kind zu ermöglichen**

Die Besuche der beiden Kinder durch den nicht obhutsinhabenden Elternteil scheinen mittlerweile mehrheitlich gut zu funktionieren. Die Parteien sind sich offenbar bewusst, dass ihre beiden Kinder weiterhin den Kontakt zu Vater und Mutter sollen pflegen können und sich die beiden Brüder dabei auch oft sollten sehen können (vgl. Urk. 58 S. 4 f.; Prot. I HV, S. 3, 8; 12, 16, 20). Es bestehen keine Hinweise, wonach eine Partei der anderen systematisch den Kontakt mit den Kindern unterbinden möchte. Dass der Gesuchsteller mit Blick auf den Vorfall vom 15. August 2016 betreffend die Besuche von F.\_\_\_\_\_ bei der Gesuchsgegnerin zurückhaltend ist (vgl. Urk. 119 S. 2), erscheint nachfühlbar. Dennoch sind beide Parteien darauf hinzuweisen, dass die Kontaktförderung mit beiden Elternteilen für die Entwicklung der Kinder nachweislich von grosser Bedeutung ist.

**4.6. Zuteilungswunsch E.\_\_\_\_\_**

E.\_\_\_\_\_ wird am tt.mm.2016 sechsjährig. Eine Kinderanhörung ist grundsätzlich erst ab dem vollendeten sechsten Altersjahr angezeigt (BGer 5A\_561/2013 vom

10. Januar 2014, E. 4.1, mit Hinweis auf BGE 131 III 553 E. 1.2.3). Es ist nicht davon auszugehen, dass E.\_\_\_\_\_ bereits befähigt ist, einen autonomen und stabilen Willen zur Frage der Zuteilung der Obhut zu bilden. Hinzu kommt, dass mit E.\_\_\_\_\_ bereits im Rahmen der Abklärungen des kJz D.\_\_\_\_\_ zwei Kindergespräche geführt wurden. Dabei konnte oder wollte er sich offenbar in Bezug auf die Obhutzuteilung nicht äussern. Er habe sich verschlossen gezeigt und habe sich nicht auf die Thematik einlassen wollen (Urk. 58 S. 2, 6, 9, 20). Seine Anhörung durch das Gericht ist daher nicht indiziert und wurde im Übrigen auch von keiner Partei beantragt (Urk. 84; Urk. 87; Urk. 106; Urk. 108). Die Behauptung der Gesuchsgegnerin, wonach E.\_\_\_\_\_ selber bei der Mutter bleiben möchte, wie dies auch aus dem Abklärungsbericht herauskomme (Urk. 84 S. 5), trifft jedoch sichtlich nicht zu (auch Urk. 106 S. 6).

#### **4.7. Zusammenaufwachsen von Geschwistern**

Wie erwähnt, sollten Geschwister nach Möglichkeit nicht getrennt werden. Dies gilt insbesondere bei Kindern mit einem, wie vorliegend, geringen Altersabstand (knapp ein Jahr). Solche Kinder sind sich in der Regel eng verbunden. Auch die altersüblichen Streitereien und Rivalitäten zwischen solchen Kindern (vgl. z.B. Urk. 58 S. 8, 13 f.) sind für deren Entwicklung förderlich. Die Vorteile der Koedukation in einer Familiengemeinschaft und das infolge der Trennung der Eltern besonders schutzwürdige Zusammengehörigkeitsgefühl der Kinder ist nicht ohne zwingende Gründe zu gefährden. Die beiden Brüder freuen sich denn auch, wenn sie sich anlässlich der Besuchswochenenden sehen (Urk. 58 S. 14). Dem Umstand, dass E.\_\_\_\_\_ sich offenbar vermehrt negativ über F.\_\_\_\_\_ geäussert hat (Urk. 58 S. 14), ist mit Blick auf das Alter von E.\_\_\_\_\_ und die schwierige Trennungssituation keine tragende Bedeutung beizumessen. Die beiden Brüder sollen zusammen aufwachsen können. Zwar leben sie seit über einem Jahr getrennt, weil das Besuchsrecht jedoch grundsätzlich funktioniert, ist ohne weiteres davon auszugehen, dass sie sich bald wieder an ein Zusammenleben gewöhnen würden.

#### 4.8. Gesamtwürdigung, Kindeswohl

In Anbetracht der zurzeit erheblich eingeschränkten Erziehungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin sowie des Umstands, dass dem Zusammenaufwachsen der beiden Buben vorliegend doch ein grosser Stellenwert beizumessen ist, rechtfertigt es sich, (auch) die Obhut über E.\_\_\_\_\_ dem Gesuchsteller zuzuteilen. Dessen Erziehungsfähigkeit erscheint denn auch nur am Rande beeinträchtigt, nämlich vor allem im Hinblick auf eine genügende Förderung der Kinder, wobei solchem mittels den Kindeschutzmassnahmen (vgl. sogleich) sowie zunehmend auch durch Kindergarten und Schule hinreichend begegnet werden kann. Diese Lösung entspricht vorliegend dem Kindeswohl von E.\_\_\_\_\_ am besten, wenngleich er aus den sozialen Strukturen in ..., insbesondere dem dortigen Kindergarten, herausgenommen und mit anfänglichen Anpassungsschwierigkeiten in D.\_\_\_\_\_ beim Gesuchsteller gerechnet werden muss. Daran vermag insbesondere auch das Schreiben der Kindergärtnerin und schulischen Heilpädagogin R.\_\_\_\_\_ vom 4. Mai 2016 (Urk. 86/3) nichts zu ändern. Auch der neue (zweite) Kindergarten in D.\_\_\_\_\_ wird E.\_\_\_\_\_ klare Strukturen und Verlässlichkeit vermitteln. Kinder sind erfahrungsgemäss flexibel sowie anpassungsfähig und dieser Schritt ist für die künftige kindswohlgerechte Entwicklung von E.\_\_\_\_\_ nicht zu vermeiden. Es ist zudem nicht so, dass E.\_\_\_\_\_ schon Jahre in ... verbracht und dort feste Freundschaften geschlossen hätte. Solches wird vornehmlich im Verlauf der Primarschule geschehen. Die aufgegleiste kinderpsychiatrische Behandlung (Urk. 108 S. 2 f.) kann selbstverständlich auch in D.\_\_\_\_\_ fortgeführt bzw. in Angriff genommen werden.

Die Berufung der Gesuchsgegnerin ist entsprechend abzuweisen und der angefochtene Obhutsentscheid zu bestätigen.

Die Vorinstanz setzte in ihrem Urteilspruch keinen Übergabetermin fest, hielt in den Erwägungen jedoch dafür, die Übergabe der Obhut über E.\_\_\_\_\_ sei auf den 5. Mai 2016, dem Beginn der in ... stattfindenden Pfingstferien, anzusetzen. So habe die Gesuchsgegnerin auch noch Zeit, E.\_\_\_\_\_ auf den Wechsel vorzubereiten (Urk. 81 S. 26, Dispositivziffer 2, S. 17). Im Rahmen ihrer Berufungsergänzung bzw. ihres Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte

die Gesuchsgegnerin (für den Eventualfall), den Übergabetermin auf den 31. Juli 2016 festzulegen (Urk. 87 S. 2). Beide Daten sind nunmehr verstrichen.

Um E.\_\_\_\_\_ den Umzug zu erleichtern, rechtfertigt es sich, den Übergabetermin auf den Beginn der Schulherbstferien 2016 am 10. Oktober 2016 (D.\_\_\_\_\_/ZH und .../AR) festzulegen. Bis dahin steht dem Gesuchsteller weiterhin alle zwei Wochen ein Wochenendbesuchsrecht von Freitag, 17.00 Uhr, bis Sonntag, 17.00 Uhr (vgl. Urk. 39/1), zu.

Die zurzeit noch örtlich zuständige KESB Appenzell Ausserrhoden (vgl. Urk. 39/1 und Urk. 104 S. 5) ist sodann zu ersuchen, E.\_\_\_\_\_ bis zum Obhutswechsel zu begleiten und den Obhutswechsel zu organisieren und zu begleiten.

#### **D. Besuchsrecht**

Das Besuchsrecht der Gesuchsgegnerin (Urk. 81 S. 27, Dispositivziffer 5) wurde für den Eventualfall nicht angefochten (Urk. 84 S. 2; Urk. 87 S. 2), weshalb es dabei bleibt.

#### **E. Kindesschutzmassnahmen**

Wie eingangs erwähnt, wurden auch die Kindesschutzmassnahmen gemäss Dispositivziffern 3 und 4 des angefochtenen Entscheides (Anordnung/Erweiterung Erziehungs- und Besuchsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB mit besonderen Aufgaben sowie Weisung an die Gesuchsgegnerin gemäss Art. 273 Abs. 2 ZGB, während der Ausübung des persönlichen Verkehrs nüchtern zu sein) nicht angefochten. Weiterungen von Amtes wegen drängen sich - insbesondere auch mit Blick auf die Ausführungen/Empfehlungen im Abklärungsbericht (vgl. Urk. 58 S. 20 f.) - nicht auf. Die Gesuchsgegnerin ist freiwillig in psychiatrischer Behandlung (vgl. Urk. 108 S. 2) und besucht weiterhin die Suchtberatung (Prot. I Fortsetzung HV, S. 12; Urk. 58 S. 11). Mit Blick auf ihr Alkoholproblem erscheint die vorinstanzliche Weisung, während der Besuche der Kinder nüchtern zu sein, gerechtfertigt und vorderhand, insbesondere in Anbetracht der nicht regelmässigen Alkoholexzesse, auch genügend (vgl. Urk. 81 S. 17 f.). Zu bemerken bleibt,

dass die Gesuchsgegnerin namentlich glücklicherweise noch nie einen Totalabsturz hatte, als sie und E. \_\_\_\_\_ F. \_\_\_\_\_ auf Besuch hatte.

#### **F. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Vorliegend waren einzig Kinderbelange im Streit. Praxisgemäss sind daher (auch) die Kosten des Berufungsverfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen, zumal auch der Gesuchsgegnerin gute Gründe für ihre Rechtsstandpunkte zugestanden werden können; die von ihr angestrebte Variante (jede Partei hat die Obhut über eines der Kinder) wurde immerhin auch vom Abklärungsbericht in Betracht gezogen, wenn auch letztlich nicht favorisiert (vgl. Urk. 58 S. 16 f., 21). Zudem wurde ihr von der Vorinstanz vorsorglich für die Verfahrensdauer noch die Obhut über E. \_\_\_\_\_ zugesprochen (vgl. Urk. 81 S. 25). Dementsprechend sind keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zugunsten beider Parteien (vgl. Urk. 105) sind die Kosten - unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht (Art. 123 Abs. 1 ZPO) - jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass die Dispositivziffern 1, 3, 4, 6 bis 11 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 18. April 2016 am 18. Mai 2016 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Gesuch des Gesuchstellers um Entzug der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos erledigt abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die gemeinsamen Söhne E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010, und F.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011, werden unter die alleinige Obhut des Gesuchstellers gestellt. Der Übergabetermin von E.\_\_\_\_\_ an den Gesuchsteller wird auf den 10. Oktober 2016 (Beginn der Schulherbstferien 2016) festgesetzt. Bis dahin steht dem Gesuchsteller betreffend E.\_\_\_\_\_ weiterhin alle zwei Wochen ein Wochenendbesuchsrecht von Freitag, 17.00 Uhr, bis Sonntag, 17.00 Uhr, zu.
2. Die zurzeit noch örtlich zuständige KESB Appenzell Ausserrhoden wird ersucht, E.\_\_\_\_\_ bis zum Obhutswechsel zu begleiten und den Obhutswechsel zu organisieren und zu begleiten.
3. Die Parteien regeln den persönlichen Verkehr zwischen der Gesuchsgegnerin und den Kindern von Fall zu Fall selbst. Im Streitfall gilt Folgendes:  
  
Die Gesuchsgegnerin ist berechtigt und wird verpflichtet, die Kinder jedes 2. Wochenende von Freitagabend, 18:00 Uhr, bis Sonntagabend, 18:00 Uhr, sowie am 2. Weihnachtsfeiertag (26. Dezember), in geraden Jahren über Ostern (Karfreitag bis Ostermontag) und in ungeraden Jahren über Pfingsten (Pfingstsamstag bis Pfingstmontag) auf ihre Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.  
  
Sie ist ferner berechtigt und wird verpflichtet, die Kinder während der Schulferien für drei Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Gesuchsgegnerin teilt dem Gesuchsteller mindestens drei Monate im Voraus mit, wann sie ihr Ferienbesuchsrecht ausüben will.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je hälftig auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.  
Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO.

6. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je unter Beilage einer Kopie von Urk. 116 und Urk. 117, an den Gesuchsteller zudem unter Beilage der Doppel von Urk. 119, Urk. 120 und Urk. 121/12, 13, sowie an die Vorinstanz und nach Eintritt der Rechtskraft an die KESB Dielsdorf und die KESB Appenzell-Ausserrhoden, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. September 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:  
mc