

ZH_OBERGERICHT LE160032 vom 9. September 2016

ZH Obergericht, 2016-09-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE160032

FR: ZH_OBERGERICHT LE160032 du 9 septembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LE160032 del 9 settembre 2016

Erwägungen

E. 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).

E. 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).

E. 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 unbeschränk- te Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger

- 10 - Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. Ap- ril 2013, E. 3.1).

E. 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-

- 13 - 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

- 14 - 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.).

E. 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

- 15 - 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.

- 16 -

E. 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.

E. 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 einfühlend. 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).

- 17 - 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 keinsten 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 Kinderschutzmassnahmen (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-

- 18 - 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-

- 19 - gegnerin sowie der weiter bestehende Verdacht auf unkontrollierten Alkoholkonsum hinterliessen bei den Abklärenden Fragezeichen in Bezug auf die Obhutsteilung. 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 % scheine 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

- 20 - 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-

- 21 - 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-

- 22 - 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 verkehrsmmedizinische 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).

- 23 - 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-

- 24 - 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

- 25 - 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._____ schon 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 glaub- hafte Gefährdungsmeldung vom 16. August 2016 nach wie vor akut. Die wieder- holten Totalabstürze bis zur Bewusstlosigkeit der Gesuchsgegnerin gefährden das Wohl von E._____ massiv. Bedenklich erscheint auch, dass die Gesuchs- gegnerin trotz laufendem Rechtsmittelverfahren betreffend die Obhut zuteilung 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 Gesuchs- gegnerin hat sich sichtlich nicht im Griff. Im Übrigen würde eine umsichtige Per- son, welche ihren Alkoholkonsum und ihre Erziehungsaufgaben im Griff hat, kaum irgendwelchen Alkohol zu sich nehmen, wenn sie an einer Durchfallerkrankung leidet, wie dies die Gesuchgegnerin 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. Au- gust 2016 vorgestellt habe und wonach in einer solchen Situation eine Alkohol- aufnahme eine deutlich stärkere Wirkung entfalten könne als in einer normalen Si- tuation (Urk. 121/2), vermag die Gesuchsgegnerin denn auch nicht zu entlasten. Sie beruht zudem, insbesondere betreffend den angeblichen Beginn der Erkrän- kung, einzig auf den eigenen Angaben der Gesuchsgegnerin.

- 26 - 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 To- talabstinenz (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 Al- kohol 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 to- talabstinenten 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 Drittperso- nen (Tagesmutter, Kindergartenlehrperson und die Abklärenden) bestätigte Über- forderung 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 jeden- falls mindestens ein ähnliches Pensum wie zuvor mit der Erwerbstätigkeit resultie- ren. 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

- 27 - 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).

E. 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.

E. 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).

- 28 - 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.

E. 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 stattfindet, 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-

- 29 - 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.

E. 4.5

Bereitschaft dem anderen, nicht obhutsinhabenden Elternteil einen unbeschwerten 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 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.

E. 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

- 30 -

E. 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 werden.

- 31 -

E. 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 Kinderschutzmassnahmen (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 Urteilsspruch 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

- 32 - 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 da- bei bleibt. E. Kindeschutzmassnahmen Wie eingangs erwähnt, wurden auch die Kindeschutzmassnahmen gemäss Dis- positivziffern 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 regelmässi- gen Alkoholexzesse, auch genügend (vgl. Urk. 81 S. 17 f.). Zu bemerken bleibt,

- 33 - dass die Gesuchsgegnerin namentlich glücklicherweise noch nie einen Totalab- sturz 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 gezo- gen, 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 Pro- zessentschädigungen 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:

E. 5

Die Gesuchsgegnerin beantragt die Einholung eines kinderpsychologischen Gutachtens über E._____ beim KJPD sowie eines Erziehungsfähigkeitsgutach- tens betreffend sie selbst. Der Bericht des kJz D._____ vom 1. März 2016 werde von ihr überhaupt nicht akzeptiert. Für eine Umteilung der elterlichen Sorge (rec- te: 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 Abklärun- gen, etwa durch kinderpsychologische oder kinderpsychiatrische Gutachten, soll- ten dabei auch im Streitfall nicht die Regel sein, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände vorliegen, aufgrund welcher das Gericht an die Gren- ze seiner Beurteilungsfähigkeit stösst (so etwa wenn einem Elternteil sexueller Missbrauch der Kinder zum Vorwurf gemacht wird), wobei dem Gericht diesbe- züglich ein gewisses Ermessen zukommt (vgl. BGer 5P.157/2003 vom 30. Juni 2003, E. 4.4 mit Hinweisen; Kass-Nr. AA070139, Beschluss des Kassationsge- richts vom 2. Juli 2008, E. II./2.3/g.). Die Untersuchungsmaxime gibt keinen

all- gemeinen Anspruch auf Einholung eines Gutachtens. In aller Regel hat und ver- mag das Gericht die ihm übertragene Aufgabe ohne Beizug eines Sachverständi- gen zu erfüllen (vgl. Hinderling/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht,

- 11 - 4. A. Zürich 1995, S. 486 f.; BK-Bühler/Spühler, Art. 156 (a)ZGB N 68 f. und Er- gänzungsband, 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 Drittper- sonen 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 Ge- richt 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 ge- richtlicher Fachgutachten betreffend die Obhutzuteilung erscheint daher jeden- falls im Rahmen des vorliegenden summarischen Eheschutzverfahrens, wo sol- ches, wie erwähnt, die Ausnahme ist, nicht mehr erforderlich. Im Rahmen des für Kinderbelange gemäss Art. 168 Abs. 2 ZPO geltenden Freibeweises sind die er- wählten Aktenstücke durchaus taugliche Beweismittel. C. Zuteilung Obhut 1. Die Zuteilung der Obhut über E._____, geboren am tt.mm.2010, ist umstrit- ten, während die Zuteilung der Obhut über seinen jüngeren Bruder F._____, ge- boren 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-

- 12 - steller zu. Sie erwog dabei im Wesentlichen, die Erziehungsfähigkeit der Ge- suchsgegnerin sei mit Blick auf ihre nach wie vor bestehende Alkoholsucht und die diesbezüglich teilweise fehlende Einsichtsfähigkeit der Gesuchsgegnerin so- wie deren Überforderung im Alltag und Instabilität erheblich eingeschränkt. Dass diese Einschränkung mittels Kindesschutzmassnahmen und durch die Suchtthe- rapie innert absehbarer Zeit genügend reduziert werden könne, damit das Kin- deswohl von E._____ nicht mehr gefährdet sei, sei unwahrscheinlich. Auch wenn die Erziehungsfähigkeit des Gesuchstellers leicht eingeschränkt sei, zumal er sei- nen Kindern wenig Orientierung im Alltag vermittele, sie zu wenig fördere und iso- liert lebe, könne dieser Einschränkung mittels geeigneter Kindesschutzmassnah- men (Erziehungs- und Besuchsbeistandschaft mit besonderen Aufgaben, Famili- enbegleitung) entgegen getreten werden, sodass das Kindeswohl beider Kinder gewahrt werde. Die beiden Kinder E._____ und F._____ sollten denn auch ge- meinsam 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 Struk- turen in ... bei der Gesuchsgegnerin, an welche er sich gewöhnt habe, herausge- rissen 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.).

E. 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 Kindersprache 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).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.