

Beschluss vom 3. Mai 2017

ZK2 2016 66

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann,
Kantonsrichter Clara Betschart und Pius Schuler,
Gerichtsschreiber lic. iur. Claude Brüesch.

In Sachen **A.** _____,
Gesuchsgegner und Berufungsführer,
vertreten durch Rechtsanwältin B. _____,

gegen

C. _____,
Gesuchstellerin und Berufungsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwältin D. _____,

betreffend Eheschutz
(Berufung gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe
vom 12. Dezember 2016, ZES 2014 336);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben:

A. Mit Eingabe vom 17. Juni 2014 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe verschiedene Eheschutzbegehren und beantragte insbesondere, dass die unmündigen Kinder unter ihre elterliche Obhut zu stellen seien. Der Gesuchsgegner trug mit Gesuchsantwort vom 5. November 2014 auf Abweisung dieser Rechtsbegehren an. Am 2. Dezember 2014 präzisierte die Gesuchstellerin, es seien die gemeinsamen Kinder E._____ und F._____ unter ihre elterliche Obhut zu stellen und ihr zur Pflege und Erziehung zuzuweisen. Mit Stellungnahme vom 12. März 2015 beantragte der Gesuchsgegner, es seien die gemeinsamen Kinder unter seine elterliche Obhut zu stellen. Anlässlich der Verhandlung vom 28. Mai 2015 hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren betreffend die Obhut fest.

Am 26. bzw. 30. Juni 2015 gaben Dr. med. G._____ und Herr Dr. med. H._____, Kinderarztpraxis am I._____ (Spital), sowie J._____, K._____ (Primarschule), der Vorinstanz schriftlich Auskunft (Vi-act. D8-D12). Gleiches taten L._____ und M._____ je mit Eingaben vom 13. August 2015 (Vi-act. D13, D14, D16 und D17). Am 12. August 2015 wurde das gemeinsame Kind E._____ angehört (Vi-act. D15).

Mit Eingabe vom 8. Februar 2016 stellte der Gesuchsgegner unter anderem folgende Rechtsbegehren (Vi-act. D22):

1. Es sei den Parteien die Obhut für die beiden Kinder je zur Hälfte gemäss nachstehendem Plan zuzuteilen:

Gesuchstellerin: Sonntag (18.00 Uhr) bis Mittwochnachmittag (Schluss) sowie jedes zweite Wochenende von Samstag (10.00 Uhr) bis Sonntag (18.00 Uhr), und in geraden Jahren an Weihnachten (24. Dezember, 10.00 Uhr, bis 26. Dezember 10.00 Uhr) und Neujahr (31. Dezember des ungeraden Vorjahres, 10.00 Uhr, bis 2. Januar, 18.00 Uhr), in geraden Jahren Pfingstsonntag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 18.00 Uhr, in ungeraden Jahren am zweiten Weihnachtstag (26. Dezember, 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr),

in ungeraden Jahren von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 18.00 Uhr.

Gesuchsgegner: Mittwochnachmittag (Schluss), bis Samstag (10.00 Uhr) sowie jedes zweite Wochenende von Samstag (10.00 Uhr) bis Sonntag (18.00 Uhr), und in ungeraden Jahren an Weihnachten (24. Dezember, 10.00 Uhr, bis 26. Dezember 10.00 Uhr) und Neujahr (31. Dezember des geraden Vorjahres, 10.00 Uhr, bis 2. Januar, 18.00 Uhr), in ungeraden Jahren Pfingstsonntag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 18.00 Uhr, in geraden Jahren am zweiten Weihnachtstag (26. Dezember, 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr), in geraden Jahren von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 18.00 Uhr.

[...].

2. [...].

Am 3. März 2016 stellte die Gesuchstellerin folgende Gegenrechtsbegehren (Vi-act. D24):

1. Die gemeinsamen Kinder E._____ und F._____ seien der elterlichen Obhut der Gesuchstellerin zu unterstellen und ihr zur Pflege und Erziehung zuzuweisen.
2. Der Gesuchsgegner sei für berechtigt zu erklären, die Tochter E._____ und den Sohn F._____ an jedem zweiten Wochenende von Samstag um 10.00 Uhr bis Sonntag um 18.00 Uhr sowie am zweiten Tage der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis mit Ostermontag und in ungeraden von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag auf eigene Kosten zu sich zu nehmen. Der Gesuchsgegner sei zudem berechtigt zu erklären, E._____ und F._____ während der Schulferien für die Dauer von zwei Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

[...].

3.

Mit Eingabe vom 21. April 2016 antwortete N._____, Sozialpädagogische Familienbegleitung, O._____ GmbH auf die Fragen der Vorinstanz (Vi-act. D25 und D26).

Am 17./21. Juni 2016 und 29. Juli 2016 nahmen die Parteien Stellung zum Beweisergebnis (Vi-act. D30-D32).

Mit Verfügung vom 19. Oktober 2016 hiess die Vorinstanz das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung gut (Vi-act. D38).

Am 12. Dezember 2016 verfügte der Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe Folgendes:

1. [...]
2. [...]
3. [...]
4. Die Kinder der Parteien, E. _____ und F. _____ werden unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
- 5.1. E. _____ und F. _____ werden zu folgenden Zeiten vom Gesuchsgegner betreut:
 - in den ungeraden Kalenderwochen von Donnerstag, 16.00 Uhr bzw. Schulschluss am Nachmittag, bis Sonntag, 18.00 Uhr;
 - in geraden Kalenderwochen von Mittwoch, 12.00 Uhr bzw. Schulschluss am Mittag, bis Donnerstag, 14.00 Uhr bzw. Schulbeginn am Nachmittag.
- 5.2. [Feiertagsbesuchsrecht Gesuchsgegner.]
- 5.3. [Ferienbesuchsrecht Gesuchsgegner.]
- 5.4. [Ferienbesuchsrecht Gesuchstellerin.]
- 5.5. [Übriges Ferienbesuchsrecht.]
6. Die Kindesschutzbehörde wird beauftragt, für die Kinder E. _____ und F. _____ gestützt auf Art. 308 ZGB einen Beistand zu ernennen.

Der Beistand hat:

 - a) die Parteien in ihrer Sorge um E. _____ und F. _____ umfassend mit Rat und Tat zu unterstützen,
 - b) den regelmässigen Kontakt der Parteien mit der Schule zu fördern,
 - c) die Kooperation der Parteien mit der Schule zu überwachen,

- d) nötigenfalls als Ansprechperson für die Schule zur Verfügung zu stehen (bspw. Teilnahme an Standortgesprächen etc.),
- e) die persönliche und schulische Entwicklung von E. _____ und F. _____ zu überwachen, sowie
- f) nötigenfalls die Anordnung von weitergehenden Kinderschutzmassnahmen zu Gunsten von E. _____ und/oder F. _____ zu beantragen.

7.-13. [...]

B. Gegen diese Verfügung erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 23. Dezember 2016 Berufung mit dem Rechtsbegehren, es sei Ziffer 4 des Dispositivs des vorinstanzlichen Entscheids vom 12. Dezember 2016 aufzuheben und es seien die Kinder der Parteien, E. _____ und F. _____ unter die alternierende/gemeinsame Obhut der Parteien zu stellen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % gesetzlicher Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchstellerin (KG-act. 1).

Die Gesuchstellerin trägt mit Berufungsantwort vom 11. Januar 2017 auf Abweisung der Berufung an, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners. Ausserdem beantragt die Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung in der Person von Rechtsanwältin D. _____ (KG-act. 7). Mit Verfügung vom 13. Januar 2017 wies der Kantonsgerichtsvizepräsident das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab (KG-act. 8);-

in Erwägung:

1. Die Vorinstanz stellte die gemeinsamen Kinder der Parteien, E._____ und F._____, unter die Obhut der Gesuchstellerin (angef. Verfügung, Dispositivziff. 4) und ordnete an, dass die beiden Kinder in den ungeraden Kalenderwochen von Donnerstag, 16.00 Uhr bzw. Schulschluss am Nachmittag, bis Sonntag, 18.00 Uhr, und in den geraden Kalenderwochen von Mittwoch, 12.00 Uhr bzw. Schulschluss am Mittag, bis Donnerstag, 14.00 Uhr bzw. Schulbeginn am Nachmittag, vom Gesuchsgegner betreut würden (angef. Verfügung, Dispositivziff. 5.1).

a) Der Gesuchsgegner beantragt mit Berufung lediglich die Änderung von Dispositivziffer 4 der angefochtenen Verfügung, und zwar insoweit, als die beiden gemeinsamen Kinder unter die alternierende/gemeinsame Obhut der Parteien zu stellen seien (KG-act. 1, S. 2, Antrag-Ziff. 1). In der Berufungsbeurteilung ist die Rede von alternierender/geteilter Obhut (KG-act. 1, S. 3 Ziff. 2.1 und S. 6 Ziff. 2.7).

Die Gesuchstellerin bringt vor, der Gesuchsgegner beantrage die alternierende/gemeinsame Obhut. Es stelle sich die Frage, was der Gesuchsgegner damit meine, da er die in Dispositivziffer 5 der vorinstanzlichen Verfügung angeordneten Besuchs- bzw. Betreuungszeiten nicht anfechte. Es gehe dem Gesuchsgegner also nicht darum, die Kinder länger betreuen zu können. Insofern stelle sich die Frage, ob der Teilberufung inzwischen die Rechtskraft entgegenstehe und ob der Gesuchsgegner ein Rechtsschutzinteresse an seiner Berufung habe (KG-act. 7, S. 2 f. Ziff. 3 und 4.1).

b) Im Rahmen der vorliegend anzuwendenden Offizialmaxime nach Art. 296 Abs. 3 ZPO, wonach das Gericht ohne Bindung an die Parteianträge

entscheidet, steht es in der Disposition der Parteien, ob sie ein Rechtsmittel ergreifen wollen und in welchem Umfang (BGE 137 III 617 E. 4.5.3 S. 620).

c) Der Gesuchsgegner ficht lediglich Dispositivziffer 4 der vorinstanzlichen Verfügung an und beantragt eine alternierende/gemeinsame Obhut (KG-act. 1, S. 2 Antrag-Ziff. 1). Aus der Berufungsbegründung geht hervor, was er damit meint, nämlich eine alternierende/geteilte Obhut, die er vorinstanzlich beantragte und welche die Vorinstanz ablehnte (KG-act. 1, S. 4 Ziff. 2.3 mit Hinweis auf angef. Verfügung, E. 3.3 S. 13 f.). Der Gesuchsgegner beantragte vorinstanzlich, dass den Parteien die Obhut für die beiden Kinder je zur Hälfte zuzuteilen sei. Die Kinder seien von Mittwochnachmittag (Schulschluss) bis Samstag, 10.00 Uhr, sowie jedes zweite Wochenende von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, unter seine Obhut zu stellen. Im Weiteren verlangte er eine bestimmte Aufteilung des Besuchsrechts an Weihnachten, Neujahr, Ostern und Pfingsten (Vi-act. D22, S. 2). Somit wird klar, dass der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren im Besonderen während der Woche und an den Feiertagen ein umfangreicheres Besuchsrecht verlangt. Würde der Gesuchsgegner mit seinem Berufungsantrag-Ziffer 1 durchdringen und wäre Dispositivziffer 4 der angefochtenen Verfügung entsprechend anzupassen, müsste auch Dispositivziffer 5 derselben Verfügung zwingend geändert werden, ansonsten sie im Widerspruch zur vorangehenden Dispositivziffer 4 stünde. Entgegen dem Einwand der Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegner somit ein Rechtsschutzinteresse an seiner Berufung und die Nichtanfechtung von Dispositivziffer 5 gereicht ihm nicht zum Nachteil.

2. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der alternierenden Obhut nicht gegeben seien, weil den Parteien die Bereitschaft und/oder die Fähigkeit zur Absprache, Koordination und Kooperation fehlen würden. Daher seien die Kinder E._____ und F._____ unter die Obhut einer der Parteien zu stellen, und zwar unter jene der Ge-

suchstellerin, weil diese in der Vergangenheit in erster Linie im Alltag mit der Haushaltsführung und Kinderbetreuung beschäftigt gewesen sei und deren mangelhafte Haushaltsführung die Kinder nicht konkret gefährde (vgl. angef. Verfügung, E. 3.1-3.8 S. 11-17).

a) Der Gesuchsgegner bringt gegen die Abweisung der geteilten/alternierenden Obhut im Wesentlichen vor, auch bei der Zuteilung der Obhut an nur einen Elternteil und der damit verbundenen Zusprechung eines Besuchs- und Ferienrechts an den anderen Elternteil habe zwingend eine Kommunikation zwischen den Eltern stattzufinden. Ausserdem würden die Parteien beim Informationsaustausch durch den eingesetzten Beistand unterstützt. Die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass er während seiner Anwesenheit den grössten Teil der Erziehungsarbeit übernehme, sich liebevoll und zugewandt um die Kinder kümmere und versuche, Struktur in ihren Alltag zu bringen. Auch die Kontinuität bzw. Stabilität spreche für die geteilte Obhut. Die alternierende Obhut stelle die dem Wohl der Kinder E._____ und F._____ entsprechende Lösung dar. Zu beachten sei auch, dass die Vorinstanz bei der Erziehungskompetenz der Gesuchstellerin mehr Defizite festgestellt habe als beim Gesuchsgegner. Das unzuverlässige Verhalten der Gesuchstellerin – sie vermochte den Sohn F._____ nur selten rechtzeitig in die Spielgruppe zu bringen und wechselte sprunghaft ihre Meinung – sei durchaus geeignet, das Wohl der Kinder zu gefährden. Das rücksichtslose Fahrverhalten der Gesuchstellerin gefährde ebenso das Kindeswohl. Auch sei die Gesuchstellerin hinsichtlich der Haushaltsführung überfordert (KG-act. 1, S. 4-7 Ziff. 2.3-2.7).

Die Gesuchstellerin wendet ein, die Fortführung der jetzigen Situation gefährde das Kindeswohl. Die Kinder wollten bei der Mutter leben. Es sei hinreichend dokumentiert, dass die Parteien weder fähig noch bereit seien, miteinander in Kinderbelangen zu kommunizieren und zu kooperieren. Damit könne

eine gemeinsame Obhut nicht angeordnet werden. Während des Zusammenlebens der Parteien habe der Gesuchsgegner in Zürich gearbeitet, sei um 07.00 Uhr aus dem Haus gegangen und gegen 19.00/20.00 Uhr wieder zurückgekehrt. Er könne die Kinder daher nur sehr eingeschränkt persönlich betreuen. Der Gesuchsgegner betrachte seine Erziehung als stabil und ruhig. Die Gesuchstellerin wertet diese als einseitige Dominanz und patriarchalische Unbeweglichkeit. Ihr Verhältnis zu den Kindern werde von den Auskunftspersonen als sehr eng, gut, normal und liebevoll bezeichnet. Frau N._____ betrachte nur die Kommunikation der Gesuchstellerin als wenig strukturell und klar und rüge deren Haushaltungsführung. Dabei sei zu beachten, dass die Vorinstanz angeordnet habe, für die Kinder einen Beistand zu ernennen. Ihr Fahrverhalten habe sich verbessert und stehe in keinem direkten Zusammenhang mit ihrer Kompetenz als Mutter (KG-act. 7, S. 4-11).

b) Die Obhut ist von der am 1. Juli 2014 revidierten elterlichen Sorge zu unterscheiden. Nach neuem Recht bildet das Obhutsrecht nicht mehr Bestandteil des elterlichen Sorgerechts, sondern reduziert sich auf die faktische Obhut, also auf die Befugnis zur täglichen Betreuung des Kindes und auf die Ausübung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit seiner Pflege und laufenden Erziehung (BGE 142 III 612 E. 4.1 S. 614). Ob die alternierende Obhut in Frage kommt und sich mit dem Kindeswohl verträgt, hängt von den konkreten Umständen ab. Der Richter hat gestützt auf festgestellte Tatsachen der Gegenwart und der Vergangenheit eine sachverhaltsbasierte Prognose darüber zu stellen, ob die alternierende Obhut als Betreuungslösung aller Voraussicht dem Wohl des Kindes entspricht (BGE 142 III 612 E. 4.2 S. 615). Die alternierende Obhut kommt grundsätzlich nur dann in Frage, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind (BGE 142 III 612 E. 4.3 S. 615 f.; BGer, Urteil 5A_191/2016 vom 23. Dezember 2016, E. 4.5 und 4.6; BGer, Urteil 5A_72/2016 vom 2. November 2016, E. 3.3.2). Die Erziehungs- und Kooperationsfähigkeit beurteilt sich nach dem Verhältnis zum anderen

Elternteil, dem Umgang mit Dritten wie Schule und Tageseltern sowie vor allem dem ausgewogenen persönlich-emotionalen Kontakt zum Kind (Breitschmid, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 2014, N 15 zu Art. 133 ZGB). Im Weiteren erfordert die alternierende Obhut organisatorische Massnahmen und gegenseitige Informationen. Insofern verlangt die praktische Umsetzung einer alternierenden Betreuung, dass die Eltern fähig und bereit sind, in Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren. Allein aus dem Umstand, dass ein Elternteil sich einer alternierenden Betreuungsregelung widersetzt, kann nicht ohne Weiteres auf eine fehlende Kooperationsfähigkeit der Eltern geschlossen werden, die einer alternierenden Obhut im Wege steht. Ein derartiger Schluss könnte nur dort in Betracht fallen, wo die Eltern aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Feindseligkeiten auch hinsichtlich anderer Kinderbelange nicht zusammenarbeiten können, mit der Folge, dass sie ihr Kind im Szenario einer alternierenden Obhut dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise aussetzen würden, die seinen Interessen offensichtlich zuwiderläuft und sein Wohlbefinden beeinträchtigt. Zu berücksichtigen ist ferner die geographische Situation, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern, und die Stabilität, welche die Weiterführung der bisherigen Regelung für das Kind gegebenenfalls mit sich bringt. In diesem Sinne fällt die alternierende Obhut eher in Betracht, wenn die Eltern das Kind schon vor ihrer Trennung abwechselnd betreuten. Weitere Gesichtspunkte sind die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen (ggf. auch die Qualität und Kontinuität einer bestehenden Betreuungslösung [Breitschmid, a.a.O., N 15 zu Art. 133 ZGB]), das Alter des Kindes und seine Einbettung in ein weiteres soziales Umfeld. Auch dem Wunsch des Kindes ist Beachtung zu schenken, selbst wenn es bezüglich der Frage der Betreuungsregelung (noch) nicht urteilsfähig ist. Während die alternierende Obhut in jedem Fall die Erziehungsfähigkeit beider Eltern voraussetzt, sind die weiteren Beurteilungskriterien oft voneinander abhängig und je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls

von unterschiedlicher Bedeutung. So spielen das Kriterium der Stabilität und dasjenige der Möglichkeit zur persönlichen Betreuung des Kindes bei Säuglingen und Kleinkindern eine wichtige Rolle. Geht es hingegen um Jugendliche, kommt der Zugehörigkeit zu einem sozialen Umfeld grosse Bedeutung zu. Die Kooperationsfähigkeit der Eltern wiederum verdient besondere Beachtung, wenn das Kind schulpflichtig ist oder die geografische Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern ein Mehr an Organisation erfordert (BGE 142 III 612 E. 4.3 S. 615 f.; BGer, Urteil 5A_191/2016 vom 23. Dezember 2016, E. 4.5 und 4.6; BGer, Urteil 5A_72/2016 vom 2. November 2016, E. 3.3.2). Kommt der Richter zum Schluss, dass eine alternierende Obhut nicht im Kindeswohl ist, muss er entscheiden, welchem Elternteil er die Obhut über das Kind zuteilt. Dabei hat er im Wesentlichen die bereits erörterten Beurteilungskriterien zu berücksichtigen. Zusätzlich hat er die Fähigkeit eines jeden Elternteils zu würdigen, den Kontakt zwischen dem Kind und dem andern Elternteil zu fördern (BGE 142 III 612 E. 4.4 S. 616 f.).

c) Es ist unbestritten und aktenkundig (vgl. Vi-act. D26, S. 7), dass das Wohl der Kinder E._____ und F._____ gefährdet ist, wenn sie weiterhin auf Dauer zusammen mit beiden Parteien wohnen. Darum ist nachfolgend zu prüfen, ob eine alternierende Obhut dem Kindeswohl entspricht.

aa) aaa) Im angefochtenen Entscheid wird der persönlich-emotionale Kontakt der Gesuchstellerin zu E._____ von vier Auskunftspersonen als sehr eng bzw. liebevoll und jener gegenüber F._____ als gut bis normal bezeichnet. Zwei Auskunftspersonen können sich zum persönlich-emotionalen Kontakt des Gesuchsgegners zu seinen Kindern äussern und halten diesen als gut bzw. liebevoll, aufmerksam und zugewandt. Frau N._____ von der sozialpädagogischen Familienbegleitung führte in ihrem Bericht vom 21. April 2016 indessen auch aus, die Gesuchstellerin kommuniziere und führe mit wenig Struktur und Klarheit, wirke leicht ablenkbar und oft etwas verwirrt und

bringe mit ihren Widersprüchlichkeiten die Kinder durcheinander (vgl. angef. Verfügung, E. 3.2 S. 11 f.; Vi-act. D26, S. 3 f. Ziff. 7 und 9). Zu ergänzen ist, dass nach den Beobachtungen von Frau N._____ sich vor allem der Gesuchsgegner mit den Kindern beschäftige, den grössten Teil der Erziehungsarbeit übernehme und versuche, Struktur in den Alltag zu bringen. Er beaufsichtige sie bei Tisch, spiele mit ihnen, Sorge dafür, dass die Kinder morgens pünktlich zum Kindergarten bzw. zur Schule kämen und versuche, sie zu vorgegebenen Schlafenszeiten ins Bett zu bringen (Vi-act. D26, S. 4 Ziff. 8 und 10).

Die Stimmung und Kommunikation zwischen den Parteien jedoch ist konfliktrichtig und hochexplosiv, also massiv gestört, was die Zusammenarbeit der Parteien sehr erschwert bzw. verunmöglicht. Es kann diesbezüglich grundsätzlich auf die Ausführungen der Vorinstanz zum Bericht von N._____ verwiesen werden (vgl. § 45 Abs. 5 JG; angef. Verfügung, E. 3.3 S. 12 mit Hinweis auf Vi-act. D26, S. 2; vgl. auch Vi-act. D26, S. 6 Ziff. 14). Die Erziehungsfähigkeit der Parteien ist betreffend deren persönlichen Umgang als eingeschränkt zu bezeichnen. Die Vorinstanz schloss aus dem Gesagten, dass von den Parteien zumindest in näherer Zukunft keine auch nur annähernd genügende Bereitschaft zur Absprache, Koordination und Kooperation erwartet werden könne, weshalb es nicht möglich sei, die Obhut über E._____ und F._____ den Parteien alternierend zu belassen. Dazu ist zu bemerken, dass die Parteien im Zeitpunkt der Urteilsfällung (vgl. Rubrum der angef. Verfügung) und auch noch bei Einreichung der Berufungsschrift vom 23. Dezember 2016 zusammen wohnten (vgl. KG-act. 1, S. 4 f. Ziff. 2.4). Ob die Parteien, wenn sie getrennt voneinander leben, nicht fähig sind, sich hinsichtlich der Kinderbelange abzusprechen und zu kooperieren, steht nicht fest. Zwar stellte die Vorinstanz E._____ und F._____ unter die Obhut der Gesuchstellerin. Gleichzeitig ordnete sie indessen an, dass die beiden Kinder in den ungeraden Kalenderwochen von

Donnerstag, 16.00 Uhr bzw. Schulschluss am Nachmittag, bis Sonntag, 18.00 Uhr, sowie in geraden Kalenderwochen von Mittwoch, 12.00 Uhr bzw. Schulschluss am Mittag, bis Donnerstag, 14.00 Uhr bzw. Schulbeginn am Nachmittag, vom Gesuchsgegner betreut werden. Zudem regelte die Vorinstanz das Besuchsrecht des Gesuchsgegners für Weihnachten und für die Ferien. Die Ausübung dieses umfangreichen Besuchsrechts erfordert ebenfalls Absprache- und Kommunikationsfähigkeit beider Elternteile. Insoweit ist nicht ersichtlich, inwiefern die vom Gesuchsgegner beantragte alternierende Obhut zusätzliches gravierendes Konfliktpotential schaffen soll, welches das Wohl von E._____ und F._____ spürbar stärker gefährden soll als die von der Vorinstanz angeordnete Obhut (vgl. BGer, Urteil 5_72/2016 vom 2. November 2016, E. 3.4.2), zumal das neue Obhutsrecht nicht mehr Bestandteil des elterlichen Sorgerechts bildet, sondern sich auf die faktische Obhut reduziert, also auf die Befugnis zur täglichen Betreuung des Kindes und auf die Ausübung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit seiner Pflege und laufenden Erziehung (vgl. E. 2b vorne). Ausserdem beauftragte die Vorinstanz die Kindesschutzbehörde, für E._____ und F._____ einen Beistand zu ernennen, der unter anderem die Parteien in ihrer Sorge um die beiden Kinder umfassend mit Rat und Tat zu unterstützen hat (angef. Verfügung, Dispositivziff. 6).

Was die Erziehungsfähigkeit der Parteien im Umgang mit Dritten anbelangt, kann grundsätzlich auf die vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (vgl. § 45 Abs. 5 JG; angef. Verfügung, E. 3.4 S. 14). Ergänzend ist festzuhalten, dass es nach den Ausführungen der Spielgruppenleiterinnen der Gesuchstellerin nur selten gelang, F._____ rechtzeitig in die Spielgruppe zu bringen bzw. dort wieder abzuholen, selbst nachdem sie darauf aufmerksam gemacht und um Besserung angehalten worden war. Frau N._____ erlebte die Gesuchstellerin als wenig kooperativ und bezeichnete deren Verhalten als sprunghaft und wenig zuverlässig. Demgegenüber fiel

Frau N._____ der Gesuchsgegner als sehr kooperativ auf (vgl. Vi-act. D26, S. 5 Ziff. 12).

bbb) Die Vorinstanz legte dar, inwiefern Frau N._____ die Haushaltführung der Gesuchstellerin wiederholt als ungenügend feststellte. Es kann diesbezüglich auf die vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (vgl. § 45 Abs. 5 JG und angef. Verfügung, E. 3.8 Abs. 2 S. 16). Dazu ist zu bemerken, dass bei ihrem jüngsten Besuch die Wohnung aufgeräumter und sauberer auf Frau N._____ wirkte (Vi-act. D26, S. 6 oben). Insoweit erscheint die mangelhafte Haushaltführung nur wenig geeignet, das Wohl von E._____ und F._____ zu gefährden.

ccc) Die Vorinstanz hielt weiter fest, dass der automobilistische Leumund der Gesuchstellerin getrübt sei. Gegen sie hätten seit dem Jahre 2010 vier Administrativmassnahmen, unter anderem zwei Führerausweisentzüge für drei bzw. vier Monate, ausgesprochen werden müssen. Es bereite der Gesuchstellerin offenbar Mühe, sich an die geltenden Gesetze im Strassenverkehr zu halten. Indessen erscheine es übertrieben, von einem gefährlichen und rücksichtslosen Fahrstil zu sprechen. In den Akten lägen auch keine Hinweise dafür vor, dass die Gesuchstellerin die Gesundheit der Kinder je konkret gefährdet hätte (angef. Verfügung, E. 3.5 S. 15 Abs. 1).

Unbestritten und aktenkundig ist, dass sich die Gesuchstellerin zahlreiche Geschwindigkeitsüberschreitungen zu Schulden kommen liess. In vier Fällen, die sich in den Jahren 2014 bis 2015 zutrug, hatten diese lediglich eine Ordnungsbusse zur Folge (vgl. Vi-act. D22/6-8 und 22/10). Am 26. November 2013 überschritt die Gesuchstellerin die Höchstgeschwindigkeit auf der Autobahn gleich zwei Mal, und zwar um 28 km/h bzw. 36 km/h, jeweils nach Abzug der Sicherheitsmarge. Dafür wurde sie mit Strafbefehlen vom 3. und 5. Februar 2014 mit Fr. 320.00 gebüsst bzw. zu einer Geldstrafe von 20

Tagessätzen zu je Fr. 60.00 und einer Busse von Fr. 700.00 verurteilt. Auch hatte dies einen dreimonatigen Führerausweisentzug zur Folge (Vi-act. D22.3 - D22.5). Überdies wurde die Gesuchstellerin wegen pflichtwidrigen Verhaltens bei einem Unfall und Nichtanpassens der Geschwindigkeit an die Umstände, begangen am 16. Dezember 2015 auf der Autobahn, mit einer Busse von Fr. 1'000.00 bestraft. Hierfür sah das Verkehrsamt Schwyz, ausgehend von einer mittelschweren Verkehrsregelverletzung, einen viermonatigen Führerausweisentzug und der Besuch des Verkehrsunterrichts vor, da es sich seit dem Jahre 2010 bereits um die vierte Administrativmassnahme handle (Vi-act. D27.1). Indessen steht – entgegen dem Vorbringen des Gesuchsgegners (vgl. KG-act. 1, S. 6 Ziff. 2.6) – nicht fest, dass der Sohn F._____ beim erwähnten Unfall im Auto war. Daher ist die vorinstanzliche Folgerung nicht zu beanstanden, dass das Fahrverhalten der Gesuchstellerin nicht als gefährlich und rücksichtslos bezeichnet werden könne und eine konkrete Gefährdung der Kinder nicht bestanden habe. Ausserdem sind seit dem Unfall vom 16. Dezember 2015 keine weiteren Verfehlungen der Gesuchstellerin bekannt. Insoweit bleibt das Vorbringen des Gesuchsgegners unbelegt, wonach die Gesuchstellerin weder Einsicht noch Reue zeige bzw. ihr (problematisches) Fahrverhalten negiere (KG-act. 1, S. 6 Ziff. 2.6).

ddd) Zusammenfassend ist der persönlich-emotionale Kontakt beider Elternteile zu ihren Kindern positiv. Der Gesuchsgegner kommuniziert und erzieht hinsichtlich der Kinder mit mehr Struktur und Klarheit als die Gesuchstellerin. Die Erziehungsfähigkeit der Parteien hinsichtlich ihres persönlichen Umgangs miteinander ist jedoch eingeschränkt. Indessen steht damit nicht fest, dass die noch im Zeitpunkt der Berufungseingabe zusammenlebenden Parteien nicht fähig wären, sich hinsichtlich der Kinderbelange abzusprechen und zu kooperieren. Ausserdem erfordert das vorinstanzlich geregelte umfangreiche Kinderbesuchsrecht des Gesuchsgegners ebenfalls Absprache- und Kommunika-

tionsfähigkeit beider Elternteile, und zwar nur unerheblich weniger als bei der vom Gesuchsgegner vorgeschlagenen alternierenden Obhut. Im Umgang mit Dritten schneidet die Erziehungsfähigkeit des Gesuchsgegners besser ab als jene der Gesuchstellerin. Zudem war die Haushaltsführung der Gesuchstellerin zwar manchmal ungenügend, verbesserte sich aber und erscheint nur wenig geeignet, das Kindeswohl zu gefährden. Gleiches gilt für die Fahrweise der Gesuchstellerin.

bb) Der Gesuchsgegner führt aus, er sei bereits aufgrund des vorinstanzlich festgesetzten Betreuungsrechts auf der Suche einer Wohnung im Bezirk Höfe, wenn möglich in Wollerau, damit er möglichst nahe bei den Kindern wohnen könne (KG-act. 1, S. 4 f. Ziff. 2.4). Ob ihm dies gelingt, und allenfalls wann, steht nicht fest. Die unsichere geographische Situation des Gesuchsgegners spricht nicht für eine alternierende Obhut.

cc) Betreffend die Stabilität ist zu beachten, dass der Gesuchsgegner nach seinen eigenen Angaben zu 100 % arbeitstätig und regelmässig ab 07.30 Uhr mit dem Zug ab Wollerau unterwegs ist. Er soll auch später zur Arbeit gehen oder von Zuhause aus arbeiten können (Vi-act. D7, S. 6 oben). Nach den Angaben der Gesuchstellerin soll der Gesuchsgegner morgens um 07.00 Uhr aus dem Haus gehen und abends zwischen 19.00 Uhr und 20.00 Uhr wieder nach Hause kommen (KG-act. 7, S. 6 Ziff. 7.2). Die Gesuchstellerin ist im Alltag in erster Linie um die Haushaltsführung und Kinderbetreuung besorgt. Sie ging seit der Geburt der Kinder offenbar keiner Erwerbstätigkeit mehr nach (Vi-act. A/V, S. 10 oben), mit Ausnahme von aushilfsweisen bzw. unregelmässigen Arbeiten an den Wochenenden im P._____ (Restaurant) (Vi-act. D30, S. 3; Vi-act. D32, S. 7 Ziff. 10). Es liegen keine Hinweise vor, dass sich künftig daran etwas Wesentliches ändern wird, auch wenn die Gesuchstellerin versucht, in der Schweiz ein eigenes Business mit Bioprodukten aus Russland aufzubauen (Vi-act. D7, S. 5 oben). Da die heute zehn bzw. sechs

Jahre alten Kinder die Schule bzw. den Kindergarten besuchen, sind sie auf eine persönliche Betreuung angewiesen, wenn sie nach Hause kommen. Eine solche kann die Gesuchstellerin voll, der Gesuchsgegner aber nur eingeschränkt leisten. Zwar führte der Gesuchsgegner bei seiner persönlichen Befragung vom 29. Mai 2015 aus, im Moment gehe er später zur Arbeit, um die Tochter auf die Schule vorzubereiten, damit sie pünktlich in der Schule sei. Er könne auch später mit der Arbeit beginnen oder von zu Hause aus arbeiten. Wenn er sich um die Kinder kümmern müsse, könne er 40 oder 60 % arbeiten. Falls nötig, könne er auch zu Hause bleiben und arbeiten (Vi-act. D7, S. 6). Indessen räumte der Gesuchsgegner im weiteren Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens selber ein, dass er nur teilweise (Vi-act. D22, S. 7 Ziff. 7) bzw. bloss an ein bis zwei Tagen pro Woche (Vi-act. D32, S. 5 f. Ziff. 8) von zu Hause aus arbeiten könne. Auch liegt eine Bestätigung von Q._____, Arbeitgeber des Gesuchsgegners, vom 5. Februar 2016 im Recht, wonach dieser damit einverstanden ist, dass der Gesuchsgegner an ein bis zwei Tagen pro Woche von zu Hause aus arbeiten möchte (Vi-act. D22.14). Entgegen seinem weiteren Vorbringen (vgl. Vi-act. D32, S. 6 Ziff. 9) ist der Gesuchsgegner damit aber nicht in der Lage, während der von ihm beantragten Betreuungszeit – den Parteien sei die Obhut für die beiden Kinder je zur Hälfte zuzuteilen bzw. die Kinder seien insbesondere von Mittwochnachmittag (Schluss) bis Samstag, 10.00 Uhr, unter seine Obhut zu stellen (vgl. E. 1c vorne) – für die Kinder persönlich zu sorgen, bzw. der Gesuchstellerin ist dies erwiesenermassen besser möglich.

dd) Nach dem Gesagten erscheint der Gesuchsgegner zur Erziehung der Kinder zwar besser geeignet als die Gesuchstellerin. Beide Parteien sind aber grundsätzlich erziehungsfähig. Die unsichere geographische Situation der Parteien spricht nicht für eine alternierende Obhut. Der Gesuchsgegner ist jedoch bemüht, eine Wohnung in ._____ zu finden. Eine Abfrage in Geres ergab, dass der Gesuchsgegner am 25. April 2017 immer noch an der

R. _____ strasse xx in . _____ wohnhaft war (KG-act. 9). Gegen eine solche Obhut ist auch die nur beschränktere Möglichkeit des Gesuchsgegners zur persönlichen Betreuung der Kinder ins Felde zu führen. Aus diesen Gründen entspricht es nicht dem Wohl der Kinder E. _____ und F. _____, eine alternierende Obhut wie sie der Gesuchsgegner beantragt oder in ähnlichem Ausmass anzuordnen. Die vorinstanzlich festgelegte Betreuung der Kinder durch den Gesuchsgegner (in den ungeraden Kalenderwochen von Donnerstag, 16.00 Uhr bzw. Schulschluss am Nachmittag, bis Sonntag, 18.00 Uhr; in geraden Kalenderwochen von Mittwoch, 12.00 Uhr bzw. Schulschluss am Mittag, bis Donnerstag, 14.00 Uhr bzw. Schulbeginn am Nachmittag) vermag dem Wohl der Kinder besser zu entsprechen. Wegen der eingeschränkteren Möglichkeit des Gesuchsgegners zur persönlichen Betreuung der Kinder sind diese auch nicht unter die *alleinige* Obhut des Gesuchsgegners (was dieser denn auch gar nicht beantragt), sondern vielmehr unter jene der Gesuchstellerin zu stellen.

3. Zusammenfassend ist die Berufung abzuweisen. Daher wird der Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf pauschal Fr. 2'500.00 (vgl. KG-act. 4) festzusetzen.

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach pflichtgemäsem Ermessen festzusetzen (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 3 GebTRA). Im Berufungsverfahren beträgt das Honorar 20 bis 60 % der in den §§ 8 und 9 festgesetzten Ansätze (§ 11 GebTRA). Vorliegend ist der Streitwert unbestimmt. Für Ehesachen beträgt das Honorar Fr. 1'000.00 bis Fr. 10'000.00 (§ 9 Abs. 1 Satz 1 GebTRA). Für die übrigen Streitigkeiten ohne bestimmten Streitwert ist die Vergütung nach den Gesichtspunkten der §§ 1 und 2 frei zu bestimmen (§ 9 Abs. 2 GebTRA). Strittig ist die Obhut über die Kinder, wobei dem Gesuchsgegner vorinstanzlich ein

umfangreiches Besuchsrecht zugesprochen wurde. Insoweit kann die Streitsache nicht als unwichtig bezeichnet werden. Sie ist ausserdem nicht als schwierig einzuschätzen und deren notwendiger Zeitaufwand war nicht gross, da die Gesuchstellerin nach dem Studium der siebenseitigen Berufungsschrift (act. 1) eine Berufungsantwort von elf Seiten ausarbeitete (act. 7). In Anbetracht dieser Umstände erscheint es als angemessen, die zu Gunsten der Gesuchstellerin auszusprechende Parteientschädigung auf Fr. 1'800.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) festzusetzen;-

beschlossen:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die angefochtene Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe vom 12. Dezember 2016 bestätigt.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von pauschal Fr. 2'500.00 werden dem Gesuchsgegner auferlegt und von dessen Kostenvorschuss in gleicher Höhe bezogen.
3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu bezahlen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Massgabe von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes *Beschwerde in Zivilsachen* wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 98 BGG) beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert ist unbestimmt.

5. Zufertigung an Rechtsanwältin B._____ (2/R), Rechtsanwältin D._____ (2/R) und die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, unter Rückgabe der Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Der Gerichtsschreiber

Versand

4. Mai 2017 rfl