

ZH_OBERGERICHT LE160074 vom 13. Juli 2017

ZH Obergericht, 2017-07-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE160074

FR: ZH_OBERGERICHT LE160074 du 13 juillet 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LE160074 del 13 luglio 2017

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet. Aus ihrer Ehe gingen die gemeinsamen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2011, und D._____, geboren am tt.mm.2013, hervor. Mit Urteil und Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 9. Oktober 2015 (Urk. 5/46) wurde das Getrenntleben geregelt und die Vereinbarung der Parteien vom 9. Oktober 2015 genehmigt und vorgemerkt. Dabei wurden die Kinder C._____ und D._____ unter die alleinige Obhut der Gesuchsgegnerin, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (damals Gesuchstellerin, fortan Gesuchsgegnerin) gestellt. Hinsichtlich der Betreuung wurde geregelt, dass der Gesuchsteller, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagte (damals Gesuchsgegner, fortan Gesuchsteller) die Kinder jedes 1. und 3. Wochenende eines jeden Monats von Freitag, 10.00 Uhr, bis Montag, 17.00 Uhr, sowie an bestimmten Feiertagen und während 7 Wochen Ferien pro Jahr betreut. Überdies wurde der Gesuchsteller verpflichtet, für jedes Kind monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 595.– ab 1. August 2015 bis längstens 31. Dezember 2015 respektive Fr. 700.– ab 1. Januar 2016 bzw. ab dem Zeitpunkt, in dem die Gesuchsgegnerin einer neuen Erwerbstätigkeit nachgeht, und Unterhaltsbeiträge für die Gesuchsgegnerin persönlich von Fr. 163.– ab 1. Januar 2016 bis zur Aufnahme einer neuen Erwerbstätigkeit der Gesuchsgegnerin und hernach Fr. 690.– zu bezahlen.

- 14 -

E. 1.1

Die Vorinstanz sprach der Gesuchsgegnerin einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 10'000.– zzgl. MWSt. zu (Urk. 78 Dispositiv-Ziffer 7). Sie erwog in Bezug auf die Bedürftigkeit der Gesuchsgegnerin, diese erziele einen monatlichen Nettolohn von Fr. 3'366.40. Sodann stünden ihr gemäss Urteil vom 9. Oktober 2015 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'090.– zu. Den monatlichen Einnahmen von insgesamt Fr. 5'456.40 stehe ein familienrechtliches Existenzminimum von Fr. 5'779.– (vor Steuern) gegenüber, womit feststehe, dass sie nicht in der Lage sei, mit ihren monatlichen Einnahmen nebst ihrem Bedarf und jenem der Kinder auch noch Gerichts- und Anwaltskosten zu finanzieren. Gemäss Steuererklärung 2015 habe die Gesuchsgegnerin per 31. Dezember 2015 über ein Barvermögen von Fr. 45'752.– verfügt. Per 6. Juni 2016 habe sich die Barschaft der Gesuchsgegnerin auf Fr. 10'200.– belaufen. Sie begründe die Vermögenseinbusse mit Steuernachzahlungen infolge Auflösung des Bausparkontos, Gerichtskosten, Anwaltskosten von Fr. 11'000.– sowie Autoreparaturen und einer orthodontischen Behandlung in der Höhe von ca. Fr. 10'000.–. Die Gesuchsgegnerin vermöge mit

- 38 - ihren Einkünften gerade einmal das familienrechtliche Existenzminimum zu decken. Ungedeckt seien u.a. die laufenden Steuerrechnungen sowie sämtliche unvorhergesehenen

Auslagen, bspw. die zahnärztlichen Behandlungen oder Auto-reparaturkosten, geblieben, die aus dem Vermögen zu finanzieren gewesen seien. Sodann sei notorisch, dass bei der nicht zweckmässigen Verwendung des im Kanton Basel-Landschaft bis Ende 2012 noch zulässigen steuerprivilegierten Bausparens Nachsteuern anfielen und beglichen werden müssten. Weiter sei glaubhaft, dass im Rahmen des vorangegangenen Eheschutzverfahrens hohe Anwaltskosten entstanden seien. Für das vorliegende Verfahren habe die Gesuchsgegnerin sodann eine Akontozahlung an ihre Rechtsvertreterin bezahlen müssen. Es sei somit nicht unglaubhaft, dass sich das Vermögen der Gesuchsgegnerin in den letzten sechs Monaten markant verringert habe, womit die Gesuchsgegnerin auch hinsichtlich des Barvermögens als mittellos erscheine bzw. ihr die Fr. 10'200.– im Sinne eines Notgroschens zu belassen seien. Entsprechend erübrige sich auch die Edition der vom Gesuchsteller beantragten Unterlagen. Da die Gesuchsgegnerin zum einen glaubhaft dargelegt habe, dass die in ihrem Miteigentum stehende Liegenschaft in Moskau von ihrer Schwester, deren Ehemann und dem gemeinsamen Kind bewohnt werde und ein Verkauf ohne Zustimmung der Schwester sowie des Staates möglich wäre, und zum anderen ein solcher Schritt unverhältnismässige Folgen für Dritte nach sich zöge, obwohl - seitens des Gesuchstellers - finanzielle Barmittel zur Bestreitung des vorliegenden Verfahrens vorhanden seien, erscheine es verfehlt, die Gesuchsgegnerin zum Verkauf der Immobilie anzuhalten, zumal die Umsetzung innert nützlicher Frist kaum realisierbar wäre. Zur Aufnahme oder Erhöhung einer Hypothek auf derselben Liegenschaft könne die Gesuchsgegnerin sodann nicht angehalten werden, da diese Belastung aufgrund der aktuellen Einkommensverhältnisse für sie schlicht nicht tragbar wäre (Urk. 78 E. III.8.4).

E. 1.2

Der Gesuchsteller rügt im Rahmen der Berufung, die Gesuchsgegnerin sei nicht als mittellos zu qualifizieren, weshalb die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages ausser Betracht falle. Die Unverkäuflichkeit bzw. Unbelastbarkeit des Wohneigentums der Gesuchsgegnerin im Wert von mindestens EUR 300'000 sei mit der vorproduzierten Email der Schwester nicht glaubhaft gemacht worden.

- 39 - Ebenso wenig glaubhaft sei die behauptete Vermögensverminderung von Fr. 45'752.– Ende 2015 auf Fr. 10'200.– im Juni 2016. So sei insbesondere der von ihr behauptete Saldo ihres Kontos bei der Postfinance unbewiesen geblieben, da die zweite Seite des Kontoauszuges vom 2. Februar 2016 gefehlt habe. Die Vermögensabnahme sei von der Gesuchsgegnerin mit Steuernachzahlungen, Gerichtskosten, Anwaltskosten von Fr. 11'000.–, Autoreparaturen und Zahnarztkosten von Fr. 10'000.– gerechtfertigt worden. Für diese teils unbezifferten Positionen seien keine Belege eingereicht worden. Selbst die Gesuchsgegnerin sei davon ausgegangen, dass er zu ihren Ausführungen vom 18. Juli 2016 Stellung nehmen können und die neu geltend gemachten Ausgaben auch bestreiten werde, weshalb sie die Edition der Belege offeriert habe. Auf diese Offerte sei die Vorinstanz ebenso wenig eingegangen wie auf seinen Antrag, die Gesuchsgegnerin habe die zweite Seite des Kontoauszuges vom 2. Februar 2016 sowie Belege für die Zahnbehandlung von Fr. 10'000.– einzureichen. Ausserdem könne die Gesuchsgegnerin die Anwaltskosten auch aus ihrem Einkommen bezahlen, verfüge sie doch in Anbetracht der Gesamtunterhaltsbeiträge von Fr. 2'592.75, ihrem Eingeinkommen von Fr. 3'766.– und einem Grundbedarf von Fr. 5'103.– über einen Überschuss von mindestens Fr. 1'200.– (Urk. 85 S. 17 ff.). 1.3.1. Bei der Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages sind die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO entwickelten

Grundsätze analog anzuwenden (vgl. OGer ZH LE130025 vom 19.08.2013, E. II/C. 4.4.; OGer ZH LE120025 vom 12.06.2012, E. IV.2). Es ist damit zunächst zu prüfen, ob die ansprechende Partei bedürftig und die angesprochene Partei leistungsfähig ist. Massgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Entscheides (ZR 90/1991 Nr. 57 S. 196). Zudem darf der Prozess nicht aussichtslos erscheinen. Der Anspruch auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags stellt einen materiellrechtlichen Anspruch dar. Dabei liegt es im Rahmen des Eheschutzverfahrens an der um einen solchen Prozesskostenbeitrag ersuchenden Partei, ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen. Zwar gilt im Eheschutzverfahren der Untersuchungsgrundsatz und ist der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (vgl. Art. 272 ZPO), dies entbindet die Parteien jedoch nicht davon, bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Die Parteien tragen

- 40 - wie unter Geltung des Verhandlungsgrundsatzes die Last, die relevanten Tatsachenbehauptungen aufzustellen, zu bestreiten und wenn nötig zu substantiieren (vgl. zum Ganzen OGer ZH LE150023, E. II/4.2; BK ZPO-Hurni, Art. 55 N 64 mit Hinweisen). 1.3.2. Die Gesuchsgegnerin machte im Rahmen ihrer Eingabe vom 27. Juni 2016 (Urk. 29) geltend, sie sei mittellos. Das in der Steuererklärung 2015 von ihr versteuerte Vermögen sei beinahe vollständig aufgebraucht. Insbesondere habe sie das Bausparkonto bei der Raiffeisenbank saldieren müssen, um damit unter anderem die Kosten für das Eheschutzverfahren decken zu können, weshalb Nachsteuern anfallen würden. Dies wurde vom Gesuchsteller in seiner Stellungnahme vom 13. Juli 2016 (Urk. 34) bestritten. So machte er insbesondere geltend, es sei nicht glaubhaft, dass von den nach Begleichung der Anwaltskosten noch vorhandenen Fr. 45'752.– innerhalb von 5 Monaten nur noch Fr. 2'439.31 verblieben seien. Im Übrigen ergebe sich aus den Kontoauszügen vom 2. Februar 2016 und vom 6. Juni 2016 nichts, was diesen rasanten Vermögensverlust rechtfertigen würde. Die verbleibenden Fr. 40'000.– würden noch irgendwo lagern. In ihrer daraufhin unaufgefordert eingereichten Stellungnahme vom 18. Juli 2016 (Urk. 37) setzte die Gesuchsgegnerin dem entgegen, nach Bezahlung der Gerichtsgebühr und der Anwaltskosten seien ihr noch knapp Fr. 20'000.– geblieben, welche sie innerhalb eines halben Jahres ausgegeben habe. Sie habe für eine orthodontische Behandlung ca. Fr. 10'000.– bezahlen sowie Rechnungen für Autoreparaturen, Krankheitskosten sowie die laufenden Steuern begleichen müssen. Obwohl der Gesuchsteller die Vermögensreduktion bereits in seiner Stellungnahme vom

E. 1.10

ihrer Plädoyernotizen zum Schluss, dass eigentlich eine partielle Aufteilung der Obhut unter Beibehaltung der früheren Fremdbetreuungsregelung durch den Grossvater und - soweit noch notwendig - die Krippe absolut wünschenswert sei, gibt er die Ausführungen der Kindesvertreterin unvollständig wieder. So führte die Kindesvertreterin im gleichen Abschnitt ihrer Plädoyernotizen vom 3. August 2016 (Urk. 43 S. 7) weiter aus, "zwischen den Wohnorten der Kindseltern liegt jedoch eine derart grosse Distanz, dass es zum heutigen Zeitpunkt praktisch unmöglich ist, eine sinnvolle, den Bedürfnissen der Kinder gerecht werdende Betreuungsregelung zu finden. (...) Spätestens ab Kindergartenbeginn von C. _____ wird der Kontakt zum anderen Elternteil nur noch im üblichen Rahmen von 14-tägig am Wochenende und während der Ferien möglich sein. Werden die Kinder daher unter der Obhut der Kindsmutter belassen, verlieren sie den Kontakt zur Bezugsperson Grossvater väterlicherseits und erleben den Kindsvater nur noch im Rahmen eines mehr

oder weniger üblichen Besuchsrechts. Werden die Kinder unter die Obhut des Vaters gestellt, kann ihnen demgegenüber zwar der regelmässige Kontakt zum Grossvater und zu ihrem früheren sozialen Umfeld erhalten bleiben,

- 29 - dafür sehen sie ihre primäre Bindungsperson nur noch an den Besuchswochenenden, was ein hohes Risiko für die Entwicklung einer Bindungsstörung in sich birgt." Die Vorinstanz trug insofern der Einschätzung der Kindesvertreterin sehr wohl Rechnung, indem sie die Stabilität der Verhältnisse und die Aufrechterhaltung der Beziehung der Kinder zur Gesuchsgegnerin als ihre Hauptbezugsperson als vorrangig wertete.

E. 2

Mit Eingabe vom 19. Mai 2016 (Urk. 1 S. 1) begehrte der Gesuchsteller die Abänderung des obgenannten Entscheids und verlangte, die Kinder C._____ und D._____ seien unter seine alleinige Obhut zu stellen und der Gesuchsgegnerin sei ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen. Zudem sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, für den Unterhalt von C._____ und D._____ einen monatlichen, monatlich vorauszahlbaren Unterhaltsbeitrag von mindestens je Fr. 600.– zu bezahlen. Bezüglich des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 78 E. I = Urk. 86 E. I.). Die Vorinstanz fällte am 11. November 2016 das einleitend wiedergegebene Urteil (Urk. 78). 3.1. Beide Parteien erhoben gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 11. November 2016 mit Eingaben vom 28. November 2016 (Urk. 85 und Urk. 110/85) innert Frist Berufung und stellten die eingangs aufgeführten Anträge. Die Erstberufung des Gesuchstellers wurde unter der Prozessnummer LE160074 und die Zweitberufung der Gesuchsgegnerin unter der Prozessnummer LE160075 angelegt. 3.2. Im Verfahren LE160074 wurde mit Verfügung vom 30. November 2016 (Urk. 89) das Gesuch des Gesuchstellers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung betreffend Dispositiv-Ziffer 7 des vorinstanzlichen Urteils abgewiesen und ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 5'500.– angesetzt. Diesen bezahlte der Gesuchsteller rechtzeitig (vgl. Urk. 90). Mit Verfügung vom 10. Januar 2017 (Urk. 92) wurde der Gesuchsgegnerin und den Verfahrensbeteiligten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 92). Die Verfahrensbeteiligten und die Gesuchsgegnerin erstatteten mit Eingaben vom 26. Januar 2017 (Urk. 93) bzw. vom 30. Januar 2017 (Urk. 96) rechtzeitig die Berufungsantworten, welche mit Verfügung vom 3. Februar 2017 (Urk. 99) den Gegenparteien zur Kenntnisnahme zugestellt wurden. Die weiteren Stellungnahmen der Parteien datieren vom 21. Februar 2017 (Urk. 101) sowie vom 25. Februar 2017 (Urk. 103) und wurden der jeweiligen Gegenpartei beziehungsweise den Verfahrensbeteiligten ebenfalls zur Kenntnisnahme zugestellt.

- 15 - 3.3. Im Verfahren LE160075 wurde dem Gesuchsteller und den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 10. Januar 2017 (Urk. 110/90) Frist zur Berufungsantwort angesetzt, welche rechtzeitig mit Eingaben vom 23. Januar 2017 (Urk. 110/91) und vom 26. Januar 2017 (Urk. 110/95) erstattet wurde. Mit Verfügung vom

E. 2.1

Im Berufungsverfahren umstritten ist vorab, ob ein Abänderungsgrund in Form eines gegenüber dem Eheschutzurteil vom 9. Oktober 2015 höheren Einkommens der Gesuchsgegnerin gegeben ist.

E. 2.2

Die Vorinstanz erwog, ein Abänderungsgrund sei vorliegend zu bejahen, verdiene doch die Gesuchsgegnerin heute weit mehr als im Rahmen der Eheschutzvereinbarung vom 9. Oktober 2015 angenommen: Während damals von einem hypothetischen Einkommen von Fr. 2'500.– netto (zzgl. Familienzulagen) bei einem 40-50%-Pensum ausgegangen worden sei, erziele die Gesuchsgegnerin heute ein monatliches Einkommen von Fr. 3'366.40 netto zzgl. Familienzulagen. Den Erhalt eines 13. Monatslohnes verneine die Gesuchsgegnerin, ebenso den Erhalt einer regelmässigen Bonuszahlung; Belege dazu würden sich allerdings nicht in den Akten befinden. Aufgrund der Tatsache, dass noch im Herbst 2015 davon ausgegangen worden sei, dass der Gesuchsgegnerin hypothetisch nicht mehr als Fr. 2'500.– angerechnet werden könnten, erscheine denn auch glaubhaft, dass sich ihr Einkommen in den monatlichen Zahlungen von gerundet Fr. 3'366.– (zzgl. Familienzulagen) erschöpfe. Die Edition entsprechender Unterlagen - wie vom Gesuchsteller beantragt - könne somit unterbleiben. Die Gesuchsgegnerin verdiene entsprechend knapp 35% mehr als im Rahmen des Eheschutzurteils vom 9. Oktober 2015 angenommen, womit zweifellos ihr Einkommen eine erhebliche und dauernde Veränderung erfahren habe (Urk. 78 E. III.6.8).

- 34 - 2.3.1. Der Gesuchsteller macht berufungsweise geltend, mit seiner Eingabe vom 30. August 2016 sei das von der Gesuchsgegnerin angegebene Einkommen angezweifelt und damit klar gemacht worden, dass auch bei einer Beibehaltung der jetzigen Obhutsregelung von ihm weniger Gesamtunterhalt (Kinder, Ehegatte) zu zahlen sei, wenn die Gesuchsgegnerin mehr verdiene als von ihr angegeben. Er habe mit dieser Eingabe verlangt, die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, ihren Arbeitsvertrag und die Lohnabrechnungen der letzten Monate einzureichen. Es sei dargelegt worden, dass es ungläubhaft sei, dass sie keinen 13. Monatslohn und keinen Bonus erhalte. Dass die Vorinstanz die von ihm verlangte Edition entsprechender Unterlagen abgelehnt habe, stelle eine Rechtsverweigerung und eine willkürliche Feststellung des Sachverhaltes dar (Urk. 85 S. 12 ff.). 2.3.2. Die Gesuchsgegnerin bringt im Rahmen ihrer Berufung vor, die Vorinstanz habe aufgrund der geltenden Offizialmaxime beim Kinderunterhalt einen Abänderungsgrund in ihrem gegenüber dem Eheschutzurteil vom 9. Oktober 2015 erhöhten Einkommen erblickt. Die Vorinstanz erwäge mit Hinweis auf BGE 137 III 604 E. 4.1.1., dass der Eintritt einer neuen, erheblichen und dauerhaften Tatsache aber nicht automatisch zu einer Abänderung des Kinderunterhaltsbeitrages führe. Vielmehr müsse der Richter zusätzlich die jeweiligen Interessen des Kindes und der Ehegatten abwägen, um über die Notwendigkeit einer Abänderung des Kinderunterhaltsbeitrages im konkreten Fall zu urteilen. Die Vorinstanz habe keine Interessenabwägung vorgenommen, sondern auf der Grundlage des ursprünglichen Eheschutzurteils eine komplett neue Unterhaltsberechnung durchgeführt. Damit verkenne die Vorinstanz den vom Bundesgericht vertretenen Standpunkt, wonach eine Anpassung sich nur dann rechtfertige, wenn sich zwischen dem gestützt auf die veränderten Tatsachen berechneten Unterhaltsbeitrag und dem ursprünglich festgesetzten Betrag eine Differenz von genügendem Ausmass ergebe. Die Beurteilung, ob ein Abänderungsgrund vorliege, könne - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - nicht anhand eines einzigen Faktors beurteilt werden. Relevant sei gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einzig, ob und wie sich die Gesamtsituation verändere und ob sich mit der veränderten Ausgangslage der effektiv errechnete Unterhaltsbeitrag erheblich verändere, was vorliegend nicht der Fall sei. Ihr gegenüber dem Eheschutzurteil leicht höheres Einkommen

- 35 - führe somit nicht zu einer Veränderung der Unterhaltsbeiträge (Urk. 110/85 S. 12 ff.).

2.4.1. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, unter welchen Voraussetzungen Eheschutzmassnahmen abgeändert werden können (Urk. 78 E. III.6.1 ff.). Auf diese Ausführungen kann verwiesen werden. Ergänzend ist zu bemerken, dass per 1. Januar 2017 die neuen Bestimmungen zum Kindesunterhaltsrecht in Kraft getreten sind. Nach Art. 13bis Abs. 1 SchlT ZGB findet auf Verfahren, die beim Inkrafttreten der Änderung am 1. Januar 2017 rechtshängig sind, das neue Recht Anwendung. Gemäss Art. 285 Abs. 1 und 2 ZGB soll der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen; dabei sind das Vermögen und die Einkünfte des Kindes zu berücksichtigen. Der Unterhaltsbeitrag dient neu auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte. Jedes Kind soll dadurch von den bestmöglichen Betreuungsverhältnissen profitieren können. Gemäss Botschaft zum neuen Kindesunterhalt umfasst der Betreuungsunterhalt grundsätzlich die Lebenshaltungskosten der betreuenden Person, soweit diese aufgrund der Betreuung nicht selber dafür aufkommen kann. Damit soll die Präsenz des betreuenden Elternteils auch wirtschaftlich sichergestellt werden (Botschaft Kindesunterhalt, BBl 2014 529, S. 554). Somit ist beim Kindesunterhalt neuerdings zwischen dem Barunterhalt und dem Betreuungsunterhalt zu unterscheiden. Der Barunterhalt (Art. 276 Abs. 2 nZGB) deckt dabei alle direkten Kosten des Kindes, wie beispielsweise Ernährung, Unterkunft, Bekleidung, Krankenkassenprämien, Fremdbetreuung, Schulauslagen, etc. Der Betreuungsunterhalt dahingegen deckt die indirekten Kosten, welche durch die persönliche Betreuung durch einen Elternteil entstehen. Damit ist auch gesagt, dass ein Betreuungsunterhalt nur dann geschuldet ist, wenn das Eigenversorgungsmanko eines Elternteils betreuungsbedingt ist. Rechnerisch ergibt sich der Betreuungsunterhalt aus den Lebenshaltungskosten des betreuenden Elternteils, welche grundsätzlich dem familienrechtlichen Existenzminimum entsprechen, abzüglich des eigenen Einkommens der Hauptbetreuungsperson.

- 36 - 2.4.2. Die Unterhaltsregelung des Eheschutzurteils vom 9. Oktober 2015 basierte ab Aufnahme einer neuen Erwerbstätigkeit der Gesuchsgegnerin - auf einem hypothetischen Einkommen der Gesuchsgegnerin bei einem 40-50%-Pensum von Fr. 2'500.- (Urk. 5/46 Anhang). Die Gesuchsgegnerin liess vor Vorinstanz ausführen, ihr Arbeitspensum per 1. Januar 2016 von 40% auf 50% erhöht zu haben (Urk. 42 S. 14; Prot. I. S. 35). Das von ihr hierfür behauptete Nettoeinkommen von Fr. 3'366.40 wurde vom Gesuchsteller bestritten. Insbesondere machte der Gesuchsteller geltend, es sei nicht glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin keinen

E. 3

Die Kindesvertreterin beantragt, es sei ein Erziehungsfähigkeitsgutachten über beide Kindseltern einzuholen (Urk. 93 S. 2). Der Gesuchsteller fordert im

- 17 - Rahmen seiner Berufung ebenfalls die Einholung eines solchen (Urk. 85 S. 12). Dazu ist festzuhalten, dass es im Eheschutzverfahren darum geht, möglichst rasch eine optimale Situation für das Kind zu schaffen. Langwierige Abklärungen, etwa durch Gutachten, sollten dabei auch im Streitfall nicht die Regel sein, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände (z.B. sexueller Missbrauch von Kindern, Gewalttätigkeiten gegenüber Kindern u.Ä.) vorliegen, aufgrund welcher das Gericht an die Grenzen seiner Beurteilungsfähigkeit stösst, wobei dem Gericht diesbezüglich ein gewisses Ermessen zukommt (BGer 5A_529/2014 vom 18. Februar 2015, E. 2.3; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 90). Wie bereits die Vorinstanz (Urk. 78 S. 25) zutreffend ausgeführt hat, sind

in casu keine besonderen Umstände im obgenannten Sinne ersichtlich und solche wurden zudem von den Parteien auch im Berufungsverfahren nicht geltend gemacht. Daran ändert auch die von der Prozessbeiständin der Kinder im Berufungsverfahren neu eingereichte Strafanzeige vom 2. Januar 2017 (Urk. 95/1) nichts. Daraus geht hervor, dass es zwischen den Parteien zu einem Disput hinsichtlich der Rückgabe des Audi A4 2.0 TDI an die Gesuchsgegnerin gekommen ist. Diese Strafanzeige lässt per se keine Rückschlüsse auf die Erziehungsfähigkeiten der Parteien zu, sondern manifestiert einzig die Schwierigkeiten der Parteien im gegenseitigen Umgang. Die Parteien stellen ihre erzieherischen Fähigkeiten denn auch gegenseitig grundsätzlich nicht in Frage. Sie schreiben sich zwar beidseitig schlechte Verhaltensweisen sowie Charaktereigenschaften zu. So wirft der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin vor, dass die Kinder bei ihr ständig vor dem Fernseher sitzen würden und sie ihn vor den Kindern schlecht mache. Die Gesuchsgegnerin wiederum bringt unter anderem vor, der Gesuchsteller verweigere den Kindern während seinen Betreuungszeiten den Kontakt zu ihr, würde mit den Kindern wenig unternehmen und reagiere nicht feinfühlig auf ihre Bedürfnisse (vgl. Urk. 43 S. 8; Prot. I. S. 19). Diese Vorhaltungen wurden allerdings von beiden Parteien jeweils gegenseitig bestritten. Sie sind keiner abschliessenden Klärung zugänglich und eine solche ist im vorliegenden Verfahren auch nicht angezeigt, vermögen die Vorwürfe nämlich keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine ernsthafte Einschränkung der Erziehungsfähigkeit der jeweiligen Partei zu liefern. Damit bestand für die Vorinstanz bzw. besteht für die Kammer eine genügende

- 18 - Entscheidungsgrundlage. Weiterungen sind - auch aufgrund des vorliegend summarischen Verfahrens - nicht angezeigt. Die Anträge der Kindesvertreterin sowie des Gesuchstellers auf Einholung eines Gutachtens sind deshalb abzuweisen. Allfällig verbleibenden Bedenken bezüglich der - aktenkundig auch im Zusammenhang mit der Besuchsrechtsausübung - bestehenden Konflikte zwischen den Parteien wird im Übrigen auch durch die von der Vorinstanz angeordnete flankierende Massnahme, nämlich die Beistandschaft i.S.v. Art. 308 Abs. 2 ZGB, welche bereits in Kraft ist (vgl. Urk. 107 und 108), begegnet.

E. 3.1

Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Dessen Bemessung hat aufgrund der konkreten Umstände zu erfolgen und auf die Bedürfnisse des Kindes sowie die Bedürfnisse und Möglichkeiten beider Eltern Rücksicht zu nehmen. Die Häufigkeit sowie die Dauer der Besuchskontakte richten sich vor allem nach dem Alter des Kindes, seiner bisherigen Bindung an den anderen Elternteil, der Häufigkeit bisheriger Kontakte und

- 31 - der Lebensgestaltung des Kindes sowie beider Eltern in Beruf, Schule und Freizeit (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 105; BSK ZGB I-Schwenzer, Art. 273 N 10 und 13 m.w.H. zur bundesgerichtlichen und kantonalen Judikatur).

E. 3.2

Um sich rechtzeitig um 13:25 Uhr - wie von der Vorinstanz vorgesehen - am Hauptbahnhof Zürich einfinden zu können, müssten die Gesuchsgegnerin und die Kinder jeweils am Freitag um 13:00 Uhr den Zug in F._____ besteigen (vgl. www.sbb.ch/home.html, besucht am 11. Juli 2017). Dass die noch relativ kleinen Kinder - wie von der Gesuchsgegnerin geltend gemacht - für die rund 600 Meter vom Wohnort der Gesuchsgegnerin bis zum

Bahnhof F._____ (vgl. www.google.ch/maps, besucht am 11. Juli 2017) rund 15 Minuten benötigen, erscheint glaubhaft. Insofern würden bei der Wochenendbesuchsrechtsregelung der Vorinstanz nach der Rückkehr von C._____ aus dem Kindergarten nur rund 30 Minuten verbleiben, bis sich die Gesuchsgegnerin und die Kinder wieder zum Bahnhof F._____ begeben müssten, und vor allem könnten sich die Kinder frühestens um 13:00 Uhr im Zug nach Zürich Hauptbahnhof verpflegen. Dies erscheint - insbesondere vor dem Hintergrund, dass C._____ bereits den ganzen Vormittag im Kindergarten verbracht hat, was auch mit einer gewissen Anstrengung für das Kind verbunden ist - nicht zumutbar. Vielmehr ist den Kindern genügend Zeit einzuräumen, damit sie in Ruhe zuhause etwas essen und allenfalls noch ihre persönlichen Sachen zusammenpacken können, bevor sie sich auf die Reise nach Basel begeben. Im Übrigen würde bei der vorinstanzlichen Regelung jede auch kleine Verzögerung, wie beispielsweise ein zu spätes Ende des Kindergartens, dazu führen, dass der Übergabezeitpunkt am Hauptbahnhof Zürich nicht eingehalten werden könnte. Die nächste sinnvolle Verbindung nach Basel beziehungsweise E._____ ist der Zug um 14:00 Uhr bzw. 14:08 Uhr ab Zürich Hauptbahnhof. Um diesen Zug erreichen zu können, müssen sich die Gesuchsgegnerin und die Kinder um 13:15 Uhr auf den Weg zum Bahnhof F._____ begeben, um dort den Zug um 13:30 Uhr nach Zürich Hauptbahnhof zu besteigen (vgl. www.google.ch/maps, besucht am 11. Juli 2017). Dieser Zug kommt um 13:50 Uhr am Hauptbahnhof Zürich an, womit sich die Gesuchsgegnerin und die Kinder rund fünf Minuten später am Treffpunkt am Hauptbahnhof Zürich einfinden können. Setzt man den Beginn des Wochenendbesuchsrechts des Gesuchstellers

- 32 - auf 13:55 Uhr fest, verbleiben der Gesuchsgegnerin und den Kindern nach der Rückkehr von C._____ aus dem Kindergarten und vor Antritt der Reise nach Basel rund eine Stunde zuhause, was angemessen erscheint. Die vorinstanzliche Besuchsrechtsregelung ist insofern dahingehend zu korrigieren, dass der Gesuchsteller für berechtigt zu erklären ist, die Kinder vierzehntäglich von Freitag, 13:55 Uhr, bis Sonntagabend, 17:25 Uhr, zu betreuen. Soweit der Gesuchsteller berufsweise neu verlangt, bis zur Obhutsumteilung sei sein Besuchsrecht auf jedes Wochenende von Freitag 15:00 Uhr bis Sonntag 17:30 Uhr festzusetzen und die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, die beiden Kinder zur Ausübung seines Besuchsrechts an den Bahnhof SBB Basel zu bringen und dort wieder abzuholen (Urk. 85 S. 2), ist festzuhalten, dass der Gesuchsteller diesen Antrag in seiner Berufungsschrift mit keinem Wort begründet. Er kommt somit seiner Begründungspflicht nach Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht nach. Dies führt zum Nichteintreten auf die Berufung in diesem Punkt (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Es bleibt somit bis auf die Korrektur des Übergabezeitpunktes am Freitag von 13:25 Uhr auf 13:55 Uhr bei der sachgerechten Besuchsrechtsregelung der Vorinstanz. C. Unterhaltsbeiträge 1. Streitgegenstand Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsteller in Abänderung von Dispositiv-Ziffer

E. 3.3

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der vorinstanzliche Entscheid betreffend die Obhutsumteilung in Abweisung des Berufungsantrages Ziffer 2 des Gesuchstellers zu bestätigen ist und die Kinder C._____ und D._____ für die weitere Dauer des Getrenntlebens unter der alleinigen Obhut der Gesuchsgegnerin zu belassen sind. B. Besuchsrecht 1. Die Vorinstanz erklärte den Gesuchsteller für berechtigt, die Kinder C._____ und D._____ vierzehntäglich von Freitag, 13.25 Uhr, resp. 90 Minuten nach Schulschluss am Freitagnachmittag, bis Sonntagabend, 17:25 Uhr, jeweils am zweiten Tag

der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr, in geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage von Karfreitag, 10:00 Uhr, bis Ostermontag, 17:00 Uhr, und in ungeraden Jahren über die ganzen Pfingstfeiertage, von Pfingstsams- tag, 10:00 Uhr, bis Pfingstmontag, 17:00 Uhr, sowie für die Dauer von 7 Ferien- wochen pro Jahr zu betreuen. Hinsichtlich der Modalitäten wurde zudem vorge- sehen, dass sich die Gesuchsgegnerin verpflichte, die Kinder jeweils auf Beginn der Betreuungsregelung durch den Gesuchsgegner an den HB Zürich zu bringen (SBB Treffpunkt) und bei Ende der Betreuungszeit des Gesuchstellers im Bahn- hof Basel SBB (SBB Treffpunkt) abzuholen (Urk. 78 E. III.4.2 ff., Dispositiv- Ziffer 4).

E. 3.4

des Eheschutzurteils vom 9. Oktober 2015 (Urk. 5/46), worin der Gesuchstel- ler zu Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 595.– pro Kind ab 1. August 2015 bis längstens 31. Dezember 2015 bzw. Fr. 700.– pro Kind ab 1. Januar 2016 ver- pflichtet worden war, zu Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 570.– pro Kind (zzgl. Familien- bzw. Unterhaltszulagen) ab Rechtskraft des Entscheides (Urk. 78 Dis- positiv-Ziffer 5). Der Gesuchsteller verlangt mit seiner Berufung für den Fall, dass die Kinder unter der Obhut der Gesuchsgegnerin verbleiben, sei der von der Vorinstanz festgelegte Kinderunterhaltsbeitrag von Fr. 570.– je Kind zu bestäti- gen. Weiter beantragt er in der Begründung der Berufungsschrift, der Ehegatten- unterhalt von Fr. 690.– gemäss Eheschutzurteil vom 9. Oktober 2015 sei zu strei-

- 33 - chen (Urk. 85 S. 2 und 12 ff.). Er beanstandet das der Gesuchsgegnerin ange- rechnete Einkommen sowie einzelne Positionen in seinem Bedarf (auswärtige Verpflegung) sowie im Bedarf der Gesuchsgegnerin (Grundbedarf, Fremdbetreu- ungskosten). Die Gesuchsgegnerin wehrt sich mit ihrer Berufung gegen die Re- duktion der Kinderunterhaltsbeiträge und beantragt die ersatzlose Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Urteils. Sie verneint das Vorliegen eines Abänderungsgrundes (Urk. 110/85 S. 2 und 12 ff.). 2. Abänderungsgrund

E. 4

Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren der Untersu- chungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Betreffend die Belange der Ehegatten untereinander gilt die Dis- positionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO), d.h. das Gericht ist an die Parteianträge gebunden. Bei Kinderbelangen und somit auch hinsichtlich des Kindesunterhaltes gelten demgegenüber die Offizial- und die Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Im Berufungsverfahren gilt aber auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war. Dieser Anforderung genügt ein Be- rufungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor- erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist bzw. diese wiederholt, sich mit Hinweisen auf frühere Pro- zesshandlungen zufrieden gibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Ungenügend sind auch pauschale Verweise auf Vorakten (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2, m.w.H.). Was nicht in einer den gesetzli- chen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. In diesem Rahmen ist in- soweit auf

die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1).

- 19 - III. A. Obhut 1. Die Vorinstanz stellte fest, die Kinder C._____ und D._____ seien unter der alleinigen Obhut der Gesuchsgegnerin zu belassen (Urk. 78 Dispositiv-Ziffer 1). Sie erwog, im Rahmen des Eheschutzverfahrens sei der Gesuchsgegnerin die alleinige Obhut zugesprochen worden, da sie als engste Bindungsperson der Kinder habe angesehen werden müssen. Die Gesuchsgegnerin habe die Kinder unbestrittenermassen während mehreren Monaten gestillt und sei in den ersten Lebensmonaten jeweils gänzlich Hausfrau und Mutter gewesen, während der Gesuchsteller zu 100% berufstätig gewesen sei. Auch später sei die Gesuchsgegnerin nie mehr als 50% berufstätig gewesen. Im Jahre 2014 sei sie infolge einer erfolgten Kündigung sogar während knapp eines Jahres wieder zu 100% zu Hause gewesen. Die im Februar 2015 angetretene 80%-Stelle habe sie nur während fünf Monaten ausgeübt. Danach sei sie wiederum während mehreren Monaten arbeitslos und somit Hausfrau und Mutter gewesen und mit den Kindern von E._____ BL nach F._____ gezogen, bevor sie im November 2015 eine 40%-Stelle in Zürich habe antreten können, welche per 1. Januar 2016 auf ein Pensum von 50% erhöht worden sei. Der Gesuchsteller sei bis und mit Mai 2015 zu 100% berufstätig gewesen, bevor er auf den 1. Juni 2015 sein Pensum zugunsten eines Betreuungstages auf 80% reduziert habe. Gemäss dem Gesuchsteller sei diese Pensumsreduktion mittels Ferien- und Überstundenbezug bereits per 1. Februar 2015 erfolgt, wofür allerdings keine Belege im Recht liegen würden und was von der Gesuchsgegnerin auch bestritten werde. Der genaue Zeitpunkt der Pensumsreduktion sei allerdings irrelevant: Mithin müsse angenommen werden, dass die Gesuchsgegnerin mindestens bis zum 1. Februar 2015 die Kinder grossmehrheitlich alleine oder mit Hilfe von Dritten betreut und somit in den ersten Lebensjahren der Kinder die engste Bezugsperson für diese dargestellt habe. Seit der Trennung Ende Juni 2015 betreue die Gesuchsgegnerin die Kinder wiederum grossmehrheitlich, weshalb sich bis heute an dieser Beziehungsnähe nichts geändert habe. Im Übrigen gehe auch die Rechtsvertreterin der Kinder davon aus, dass die Gesuchsgegnerin die Hauptbezugsperson der Kinder darstelle. Angesichts dessen

- 20 - wäre es fatal für deren weitere Entwicklung, wenn sie der Gesuchsgegnerin weggenommen und unter die alleinige Obhut des Gesuchstellers gestellt würden. Ein solcher Schritt liesse sich nur rechtfertigen, wenn die Umteilung in dem Sinne zwingend nötig wäre, als die aktuellen Lebensumstände dem Kindeswohl mehr schaden würden als ihre Neuordnung und die damit verbundene Kontinuitätsunterbrechung der Erziehung. Dies sei vorliegend eindeutig nicht der Fall. Dass die Gesuchsgegnerin in der Lage sei, die Kinder adäquat zu betreuen, zweifle selbst der Gesuchsteller nicht an. Dieser fokussiere das Problem primär auf den Stiefvater der Gesuchsgegnerin und auf die Tagesmutter. Allerdings sei nicht nachvollziehbar, inwiefern der Stiefvater der Gesuchsgegnerin eine Gefahr für die Kinder darstelle, auch könne der Gesuchsteller eine solche nicht konkret benennen. Auch bezüglich der Tagesmutter könne er keine sachlichen Argumente nennen, die gegen deren Betreuungsfähigkeiten sprechen würden. Die aktuellen Lebensumstände bei der Gesuchsgegnerin würden somit keine Neuordnung der Obhut rechtfertigen. Sodann könnten Vorkommnisse, die sich vor der unterzeichneten Vereinbarung ereignet hätten und bereits im Zeitpunkt der Genehmigung der Eheschutzvereinbarung am 9. Oktober 2015 bekannt gewesen seien, für die Begründung einer Obhutsumteilung nicht herangezogen werden: Weder sei heute von Relevanz, dass die Gesuchsgegnerin nach F._____ gezogen

sei, noch dass E. _____ kinderfreundlicher sein solle als F. _____. Ebensovwenig sei eine allfällige Besuchsrechtsverweigerung in den ersten Wochen und Monaten der Trennung, welche von der Gesuchsgegnerin bestritten werde, nochmals zu thematisieren. Schenke man der behaupteten teilweisen Arbeitsunfähigkeit des Gesuchstellers Glauben, so wäre er bis auf Weiteres nur noch zu 40% berufstätig und könnte zu etwa gleichen Teilen wie die Gesuchsgegnerin die Kinder selbst betreuen. Daraus lasse sich kein Grund für eine Obhutsumteilung ableiten, vielmehr sei der Kontinuität Vorrang einzuräumen. Offenkundig würden Probleme bei der Umsetzung der Betreuungstage durch den Gesuchsteller und in der Absprache und Kommunikation der Parteien bestehen. Unbestrittenermassen würden aber seit Oktober 2015 mehrtägige Kontakte sowie Ferien mit dem Gesuchsteller stattfinden, weshalb nicht per se von einer fehlenden Bereitschaft der Gesuchsgegnerin, den Kontakt der Kinder zum anderen Elternteil zu erhalten, ausgegangen werden

- 21 - könne. Die Gesuchsgegnerin habe im Rahmen des Eheschutzverfahrens auch einer äusserst ausgedehnten Betreuungsregelung zugestimmt. Dass die Gesuchsgegnerin dennoch den einen oder anderen Betreuungstag des Gesuchstellers zeitlich eingeschränkt oder durch Verweigerung der Fahrt nach E. _____ verunmöglicht habe, sei anzunehmen, habe sie doch selber erklärt, es sei für sie auf Grund der Arbeitsaufnahme massiv schwieriger geworden, die Kinder nach E. _____ zu fahren. Zudem sei es ihr nicht immer möglich gewesen, die Kinder zu bringen, da manchmal die Kinder oder sie krank gewesen seien. Dass die vereinbarten Betreuungszeiten des Gesuchstellers durch die Gesuchsgegnerin nicht immer eingehalten worden seien, so die Vorinstanz weiter, habe das Verhältnis der Parteien als auch die Kinder belastet. Gleichwohl würden die vom Gesuchsteller geltend gemachten Verstösse übertrieben erscheinen. Die meisten Vorkommnisse würden nicht auf eine einseitige Ablehnung des Kontaktes zum Vater, sondern auf beidseitiges Unvermögen, zum Wohle der Kinder Gespräche zu führen, Kompromisse einzugehen und sich miteinander abzusprechen, schliessen lassen. Sodann würden sich die Parteien gegenseitig vorwerfen, den telefonischen Kontakt des anderen Elternteils zu den Kindern zu unterbinden, was aber beidseitig bestritten werde. Diese Schwierigkeiten der Parteien im gegenseitigen Umgang würden ebenfalls keine Obhutsumteilung rechtfertigen, vielmehr sei diesen Problemen mit einer Besuchsrechtsbeistandschaft i.S.v. Art. 308 Abs. 2 ZGB zu begegnen (Urk. 78 E. III.2).

E. 8

Minuten mit den beiden noch sehr kleinen Kindern eher 15 bis 20 Minuten betrage und sich die Reisezeit damit auf circa 50 bis 60 Minuten belaufe. Um pünktlich um 13:25 Uhr am Hauptbahnhof Zürich einzutreffen, müsse sie entweder den 12:45 Uhr oder den 12:48 Uhr Zug in F. _____ erreichen. Damit würden C. _____ nur rund 15 Minuten bleiben, um vom Kindergarten nach Hause zu kommen, etwas zu essen und sich wieder auf den Weg zum Bahnhof zu machen. Dies sei für beide Kinder sehr stressig (Urk. 110/85 S. 11 f.).

E. 13

Juli 2016 (Urk. 34) substantiiert bestritten hatte, wurden diese diversen Ausgaben von der Gesuchsgegnerin nicht belegt, sondern sie stellte in ihrer Stellungnahme vom 18. Juli 2016 (Urk. 37 S. 6) und auch anlässlich der Verhandlung vom 3. August 2016 (Prot. I. S. 17) lediglich in Aussicht, im Bestreitungsfall die entsprechenden Kostenbelege einzureichen. Bis zum 11. November 2016 (Datum des angefochtenen Entscheids) verblieb

der Gesuchsgegnerin genügend Zeit, die von ihr angekündigten Unterlagen ins Verfahren einzubringen. Dennoch gingen in der Folge keine entsprechenden Unterlagen bei der Vorinstanz ein. Dies obschon der Gesuchsteller auch anlässlich der Verhandlung vom 3. August 2016 an der

- 41 - Bestreitung der Vermögensreduktion festhielt und die Edition der zweiten Seite des Lohnauszuges (recte: Kontoauszuges) vom 2. Februar 2016 sowie eines Beleges für die orthodontische Behandlung von Fr. 10'000.– verlangte (Prot. I. S. 16). Da die Gesuchsgegnerin anwaltlich vertreten ist, hatte die Vorinstanz ihr keine Frist zur Einreichung von weiteren Belegen anzusetzen. Die richterliche Fragepflicht im Sinne von Art. 56 ZPO dient nämlich insbesondere nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen (BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 4.5.2). Wie weit das Gericht eingreifen soll, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Unbeholfenheit der betroffenen Partei (BGer 4A_78/2014 vom 23. September 2014, E. 3.3.3). Bei anwaltlich vertretenen Parteien hat die richterliche Fragepflicht nur eine sehr eingeschränkte Tragweite (BGE 142 III 462 E. 4.3; vgl. auch BGer 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014, E. 1.3.2; 4D_57/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 3.2). Vorliegend war ein Eingreifen jedenfalls nicht angezeigt. 1.3.3. Im Sinne der Beweisstrengebeschränkung ist im summarischen Verfahren und somit auch im vorliegenden Verfahren betreffend Abänderung von Eheschutzmassnahmen bei bestrittenen Tatsachen kein strikter Beweis zu führen, sondern es genügt blosses Glaubhaftmachen. Das Gericht darf weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stichhaltigen Beweis verlangen (ZK ZPO-Sutter-Somm/Vontobel, Art. 271 N 12; BGE 120 II 398 E. 4.c; OGer ZH LE150023 vom 30.09.2015, E. II.4.3). In Anbetracht dessen, dass für die von der Gesuchsgegnerin zur Begründung der Vermögensreduktion geltend gemachten und vom Gesuchsteller bestrittenen Auslagen, welche teilweise sogar unbeziffert sind, keinerlei Belege eingereicht wurden, ist es der Gesuchsgegnerin - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - nicht gelungen, die Reduktion ihres Barvermögen von Fr. 45'752.– per 31. Dezember 2015 auf einen Betrag von Fr. 10'200.– per 6. Juni 2016 glaubhaft zu machen. Die Argumentation der Vorinstanz, dass die Gesuchsgegnerin mit ihrem Einkommen und den Unterhaltsbeiträgen lediglich das familienrechtliche Existenzminimum habe zu decken vermögen und daher die laufenden Steuerrechnungen sowie unvorhergesehene Auslagen wie zahnärztliche Behandlungen oder Autoreparaturkosten ungedeckt geblieben und aus dem Vermögen zu finanzieren gewesen seien, verfängt nicht. So lässt sich aus dem Um-

- 42 - stand, dass die Gesuchsgegnerin am Existenzminimum gelebt haben soll, nicht der Schluss ziehen, dass die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten zahnärztlichen Behandlungen oder Autoreparaturkosten auch tatsächlich angefallen sind und aus dem Vermögen der Gesuchsgegnerin beglichen wurden. Ob es, wie die Vorinstanz weiter ausführt, als notorisch erachtet werden kann, dass bei der nicht zweckmässigen Verwendung des im Kanton Basel-Landschaft noch zulässigen steuerprivilegierten Bausparens Nachsteuern anfallen und beglichen werden müssen, kann offen bleiben. Selbst wenn dieser Umstand als notorisch erachtet würde, bliebe die Höhe einer allfälligen Nachsteuer ungewiss und vorliegend insbesondere auch unbekannt, ob eine solche von der Gesuchsgegnerin im Zeitraum von Januar bis Juni 2016 aus ihrem Vermögen beglichen wurde. Hinsichtlich der von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Gerichts- und Anwaltskosten lässt sich sodann aufgrund der vorliegenden Aktenlage nicht ausmachen, ob diese tatsächlich erst im Jahre 2016 beglichen wurden, was vom Gesuchsteller bestritten

wurde. 1.3.4. Betreffend die im Miteigentum der Gesuchsgegnerin stehende Liegenschaft in Moskau wurde von der Gesuchsgegnerin lediglich geltend gemacht, deren Verkauf sei nicht ohne Zustimmung ihrer Schwester sowie des russischen Staates möglich. Anstatt die entsprechenden Gesetzesbestimmungen des russischen Rechts bzw. Bestätigungen von offiziellen Stellen, dass ein Verkauf nur mit Zustimmung des russischen Staates möglich sei, ins Recht zu legen, beschränkte sich die Gesuchsgegnerin darauf, eine ihre eigenen diesbezüglichen Ausführungen wiederholende Email ihrer Schwester (Urk. 38/2) einzureichen. Diese Email ist nicht geeignet, die bestrittene Behauptung der Gesuchsgegnerin genügend glaubhaft zu machen. Dass ein Verkauf des Miteigentumsanteils an ihre Schwester ausgeschlossen ist, behauptete die Gesuchsgegnerin im Übrigen nicht. Ebenso wenig brachte sie vor, dass die Liegenschaft bereits maximal belehnt und deshalb eine hypothekarische Belastung nicht in Frage komme. Sie äusserte sich insbesondere weder zum Wert ihrer Liegenschaft noch zu einer bereits bestehenden Hypothekarbelastung. Die Gesuchsgegnerin unterliess es insofern darzulegen, weshalb es ihr nicht möglich sein sollte, die anfallenden Prozesskosten aus diesem Vermögen zu begleichen. Für die vorinstanzliche Feststellung, dass die

- 43 - Gesuchsgegnerin nicht zur Aufnahme oder Erhöhung einer Hypothek auf derselben Liegenschaft angehalten werden könne, da diese Belastung aufgrund der aktuellen Einkommensverhältnisse für sie schlicht nicht tragbar wäre, finden sich weder Anhaltspunkte in den Akten noch wurde Entsprechendes von der Gesuchsgegnerin vorgebracht. Es handelt sich insofern um eine blosser Mutmassung der Vorinstanz, weshalb sich weitere Bemerkungen dazu erübrigen. 1.3.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin ihre Vermögenslosigkeit nicht glaubhaft machen konnte. Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob seitens der Gesuchsgegnerin darüber hinaus überschüssiges Einkommen vorliegt, welches zur Bestreitung des Prozessaufwandes eingesetzt werden könnte, zumal nicht offensichtlich von einem das Vermögen der Gesuchsgegnerin reduzierenden Manko auszugehen ist. Die Bedürftigkeit der Gesuchsgegnerin ist zu verneinen und ihr Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages somit abzuweisen. 2. Die Gesuchsgegnerin stellte vor Vorinstanz im Eventualantrag ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 29 S. 2). Auch im Zusammenhang mit ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist die Mittellosigkeit der Gesuchsgegnerin nach dem Gesagten zu verneinen. Es kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden (E. III.D.1.3.1 ff.). Zwar gilt auch bei der Prüfung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege der Untersuchungsgrundsatz, dieser ist aber durch die Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Partei eingeschränkt (Art. 119 Abs. 2 ZPO; BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.1 mit weiteren Hinweisen). Indem die (anwaltlich vertretene) Gesuchsgegnerin keine vollständigen Belege zu ihren Vermögensverhältnissen einreichte, hat sie die ihr obliegende Mitwirkungspflicht verletzt. Dementsprechend ist auch das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren abzuweisen.

- 44 - IV. 1. Zufolge der Rückweisung eines erheblichen Teils des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Es sind daher zwar für das Berufungsverfahren Kosten festzusetzen, doch der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen ist - trotz Erlass eines Teilurteils - dem Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO). 2. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es

sich in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 5 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 2 lit. b der Gebüh- renverordnung des Obergerichts (GebV OG) sowie unter Einbezug der Tatsache, dass eine Doppelberufung vorliegt, die Entscheidgebühr auf Fr. 6'000.– festzusetzen. V. 1. Die Gesuchsgegnerin verlangt vom Gesuchsteller in ihrer Berufungsschrift vom 28. November 2016 (Urk. 110/85 S. 3) einen Prozesskostenbeitrag für das Berufungsverfahren von Fr. 5'000.–. Mit der Berufungsantwort vom 30. Januar 2017 beantragt sie sodann - unter Hinweis darauf, dass im Falle der Vereinigung der beiden Berufungsverfahren beide geltend gemachten Prozesskostenbeiträge zu addieren seien - einen solchen von Fr. 5'000.– (Urk. 96 S. 2 und 26). Eventua- liter ersucht sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beru- fungsverfahren (Urk. 96 S. 2 f.; Urk. 110/85 S. 4). Zur Begründung führt die Ge- suchsgegnerin an, sie sei mittellos, und verweist diesbezüglich auf die Ausfüh- rungen zur Sache. Insbesondere hätten ihre beiden Privatkonti per 6. Juni 2016 noch einen Betrag von Fr. 2'439.31 und das Sparkonto bei der Post noch einen Saldo von Fr. 7'800.– ausgewiesen. Sie verfüge über keine über den Notgroschen hinausgehende liquide Mittel, um im vorliegenden Verfahren für Anwalts- oder Gerichtskosten aufkommen zu können. Weiter sei korrekt, dass sie zusammen mit ihrer Schwester Miteigentümerin einer kleinen Altbauwohnung in Moskau sei.

- 45 - Sie könne aber über diese Wohnung nicht frei verfügen, da diese von ihrer Schwester und deren Kind bewohnt werde und ein Verkauf ohnehin nicht ohne Zustimmung der Schwester sowie des Staats möglich sei (Urk. 96 S. 25 f.; Urk. 110/85 S. 21 f.). 2. Wie bereits dargelegt, ist die Gesuchsgegnerin nicht mittellos. Es kann auf die obenstehenden Erwägungen verwiesen werden (vgl. E. III.D.1.3.1 ff.). Ergän- zend ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin auch im Berufungsverfahren nicht hinreichend dargetan hat, weshalb sie nicht in der Lage sein sollte, die Kos- ten für die Finanzierung des Prozesses durch Veräusserung oder Aufnahme einer Hypothek auf ihrer Liegenschaft in Moskau aufbringen zu können. Es ist nicht Sa- che des Gerichts, entsprechende Abklärungen zu tätigen, vielmehr obliegt es der ansprechenden Partei, zur Darlegung ihrer Bedürftigkeit ihre Vermögensverhält- nisse umfassend darzulegen und möglichst zu belegen. Dementsprechend sind der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages für das Berufungsverfahren sowie auch ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltli- chen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 2-3, 6 und 8 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 11. November 2016 in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Die Gesuche der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden abgewie- sen. 3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachstehendem Teilurteil.

- 46 - Es wird erkannt: 1. Die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2011, und D._____, geboren am tt.mm.2013, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter der alleinigen Obhut der Gesuchsgegnerin belassen. 2. Dispositiv Ziffer 3.3 lit. A und B des Eheschutzurteils vom 9. Oktober 2015 (EE150073) werden wie folgt abgeändert (Änderungen fett hervorgehoben; ursprüngliche Parteibezeichnungen beibehalten): A. Betreuung Der Gesuchsgegner betreut die Kinder wie folgt: - vierzehntägig von Freitag, 13.55 Uhr, bis Sonntagabend, 17.25 Uhr; - jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr; - sowie in geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage, von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 17.00 Uhr, und in ungeraden Jahren über die

ganzen Pfingstfeiertage, von Pfingstsamstag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 17.00 Uhr. Ausserdem ist der Gesuchsgegner berechtigt und verpflichtet, die Kinder für die Dauer von 7 Wochen pro Jahr (einmal pro Jahr während maximal 16 Tagen, ansonsten maximal während neun Tagen am Stück, inkl. direkt vor- oder nachgelagerter Besuchswochenenden) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Gesuchstellerin erklärt sich ausdrücklich damit einverstanden, dass die Kinder innerhalb dieser 7 Wochen auch Ferien beim Grossvater väterlicherseits (ohne den Gesuchsgegner) verbringen dürfen. Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, die Ferienbetreuung mindestens drei Monate vor dem geplanten Ferienbeginn anzumelden und mit der Gesuchstellerin abzusprechen. Können sich die Parteien nicht einigen, so kommt dem Gesuchsgegner das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien in Jahren mit gerader Jahreszahl zu; in Jahren mit ungerader Jahres-

- 47 - zahl der Gesuchstellerin. Sobald die Kinder schulpflichtig werden (Sommer 2016), sind die Ferien in den Schulferien zu beziehen. In der übrigen Zeit werden die Kinder durch die Gesuchstellerin betreut. Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkon- takte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten. B. Modalitäten Die Gesuchstellerin verpflichtet sich, die Kinder jeweils auf Beginn der Be- treuungsregelung durch den Gesuchsgegner an den HB Zürich zu bringen (SBB Treffpunkt) und bei Ende der Betreuungszeit des Gesuchsgegners im Bahnhof Basel SBB (SBB Treffpunkt) abzuholen. C. Veränderte Verhältnisse [ersatzlos gestrichen] 3. Die Dispositiv-Ziffer 7 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Hinwil vom 11. November 2016 wird aufgehoben und der Antrag der Gesuchs- gegnerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages für das erstin- stanzliche Verfahren wird abgewiesen. 4. Der Antrag der Gesuchsgegnerin um Zusprechung eines Prozesskostenbei- trages für das Berufungsverfahren wird abgewiesen. 5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr für das vereinigte Berufungsverfah- ren wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt. 6. Schriftliche Mitteilung an – die Parteien, – die Prozessbeiständin der Kinder Rechtsanwältin lic. iur. Z._____, – die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil, Postfach 551, 8630 Rüti, – die Beiständin der Kinder J._____, ... [Adresse], – die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

- 48 - 7. 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 Be- schwerde 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 Teilentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 91 und 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. Weiter wird beschlossen: 1. Der Antrag der Verfahrensbeteiligten sowie des Gesuchstellers betreffend Einholung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens über beide Parteien wird abgewiesen. 2. Auf den Antrag, bis zur Obhutsumteilung sei das Besuchsrecht des Gesuch- stellers auf jedes Wochenende von Freitag 15:00 Uhr bis Sonntag 17:30 Uhr festzusetzen und die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die beiden Kinder zur Ausübung des Besuchsrechts des Gesuchstellers an den Bahnhof SBB Basel zu bringen und dort wieder zu holen, wird nicht eingetreten. 3. Die Dispositiv-Ziffern 5 und 9-11 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirks- gericht Hinwil vom 11. November 2016 werden aufgehoben, und die Sache wird zur Sachverhaltsergänzung und zu neuer

Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. 4. Die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden vereinigten Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz überlassen. 5. Schriftliche Mitteilung an – die Parteien, - 49 - – die Prozessbeiständin der Kinder Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____, – die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil, Postfach 551, 8630 Rüti, – die Beiständin der Kinder J. _____, ... [Adresse], – die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Die erst- und zweitinstanzlichen Akten werden der Vorinstanz nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zugestellt. 6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 13. Juli 2017 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber versandt am: cm

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