

ZH_OBERGERICHT LE170011 vom 6. September 2017

ZH Obergericht, 2017-09-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170011

FR: ZH_OBERGERICHT LE170011 du 6 septembre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LE170011 del 6 settembre 2017

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. Juli 2004 verheiratet und haben zwei gemeinsame Töchter: C._____, geboren am tt.mm.2012, und D._____, geboren am tt.mm.2014 (Urk. 1). Mit Eingabe vom 28. April 2016 machte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz das vorliegende Eheschutzverfahren anhängig (Urk. 1). Seit dem 1. Juni 2016 leben die Parteien getrennt (Urk. 13 S. 1; Urk. 15 S. 1). Nachdem anlässlich der beiden vorinstanzlichen Verhandlungen vom 7. Juli 2016 und 20. Dezember 2016 keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden konnte (Prot. I S. 23 und S. 61), regelte die Vorinstanz mit (unbegründetem) Urteil vom 20. Dezember 2016 das Getrenntleben der Parteien und die damit verbundenen Nebenfolgen (Urk. 56). Mit Schreiben vom 11. Januar 2017 beantragte die Gesuchstellerin die Begründung des Urteils im Sinne von Art. 239 Abs. 2 ZPO (Urk. 59). Am 16. Februar 2017 wurde den Parteien schliesslich das begründete Urteil zugestellt (Urk. 62 und 63). Der übrige Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 65 E.I).

E. 2

Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom

E. 3

Überdies ist in prozessualer Hinsicht zu beachten, dass gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Das Berufungsverfahren steht gewissermassen auf den Schultern des erstinstanzlichen Entscheides und dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können. Alles, was relevant ist, ist deshalb rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfliessen zu lassen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 63, m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel vorbringt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass ein Einbringen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor Vorinstanz möglich war (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7; BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1, m.w.H.). Das Bundesgericht hat für Berufungsverfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO abgelehnt und festgehal-

- 12 - ten, dass einzig die Novenregelung gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 625 E. 2.2.). Dies gilt gemäss Praxis der Kammer auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen nach Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist (vgl. statt vieler OGer ZH LE150049 vom 15.08.2016, E. II.2).

E. 3.1

Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Gesuchsgegner Mitte Oktober 2016 seine Arbeitsstelle gewechselt habe. Die bisherige Arbeitgeberin, die I. _____ AG, habe ihren Mitarbeitern das Mittagessen jeweils kostenlos zur Verfügung gestellt, weshalb dem Gesuchsgegner bis Mitte Oktober 2016 keine Kosten für die auswärtige Verpflegung anzurechnen seien (Urk. 65 S. 32). Für die neue Arbeitsstelle bei der J. _____ AG seien jedoch für die Mehrkosten der auswärtigen Verpflegung für die Hälfte des Monats Oktober 2016 Fr. 110.– anzurechnen, da der Gesuchsgegner das Mittagessen selber habe finanzieren müssen (Urk. 65 S. 34 mit Verweis auf Prot. I S. 52 f.). Ab November 2016 sei dem Gesuchsgegner dann neu der übliche Betrag für die auswärtige Verpflegung von Fr. 220.– pro Monat einzusetzen (Urk. 65 S. 35).

E. 3.2

Die Gesuchstellerin rügt in diesem Zusammenhang, der Gesuchsgegner habe keine substantiierten Ausführungen betreffend die auswärtige Verpflegung gemacht, insbesondere habe er nicht dargelegt, dass ihm im Oktober 2016 Zusatzkosten in der Höhe von Fr. 110.– entstanden seien. Dass er sein Mittagessen selbst finanziert habe, sage noch nichts über allfällige Mehrkosten aus. Auch die Gesuchstellerin finanziere ihre Mittagessen selber und bestreite diese Kosten aus dem Grundbetrag. Beide Parteien seien diesbezüglich gleich zu behandeln. Das selbe gelte auch für den Monat November 2016. Seit Mitte Dezember 2016 arbeite der Gesuchsgegner in K. _____. Er habe im Rahmen der gerichtlichen Befragung ausgeführt, dass er die Mittagszeit in einem Pausenraum verbringe und allenfalls etwas an einem Automaten beziehen könne. Er könne sich das Essen auch von zu Hause mitnehmen, so dass er diese Verpflegungskosten aus dem Grundbetrag bestreiten könne (Urk. 64 S. 5 f.).

- 28 -

E. 3.3

Der Gesuchsgegner seinerseits beruft sich auf die Richtlinien der Verwaltungskommission des Obergerichts für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (fortan "Kreisschreiben"). Demnach seien die Auslagen für auswärtige Verpflegung mit Fr. 5.– bis Fr. 15.– für jede Hauptmahlzeit einzusetzen. Dass er im Oktober 2016 während der Mittagspause nicht nach Hause habe fahren können, um sich dort zu verpflegen, sei offensichtlich. Der Gesuchsgegner sei daher darauf angewiesen gewesen, das Mittagessen auswärts einzunehmen, was notorisch zu Mehrkosten geführt habe. Zudem habe der Gesuchsgegner während der ersten Hälfte des Oktobers 2016 nicht jede Nacht Dienst gehabt, sondern nur während ca. zwei Nächten. In der übrigen Zeit habe er entweder Tag- oder Schichtdienst geleistet. Während dieser Zeit habe er sich auswärts verpflegen müssen, was sehr wohl zu Mehrkosten geführt habe. Für die erste Hälfte des Oktobers 2016 mache der Gesuchsgegner daher noch Verpflegungskosten von zusätzlich Fr. 105.– geltend (9 Tage à Fr. 10.– für normale Verpflegung und 2 Tage à Fr. 7.50 als Schichtzulage). Seit Dezember 2016 arbeite der Gesuchsgegner bei der J. _____ AG in K. _____. Dort stehe lediglich ein Pausenraum mit Stühlen und Tischen zur Verfügung. Es

würden dort keine Mahlzeiten angeboten und es habe keine Kantine. Daher sei der Gesuchsgegner darauf angewiesen, sein Mittagessen auswärts einzunehmen, was zu Mehrkosten führe (Urk. 73 S. 3 f.).

E. 3.4

Die üblichen Kosten für Nahrung sind grundsätzlich bereits im Grundbetrag enthalten. So sind 50% des Grundbetrags für die Nahrungskosten vorgesehen (vgl. Kreisschreiben, Ziffer V), vorliegend somit Fr. 600.–. Davon wiederum sind rund 55%, mithin Fr. 330.– pro Monat bzw. Fr. 11.– pro Tag für das Mittagessen zu verwenden (OGer ZH LE160014 vom 04.11.2016, E. III.A.3.6.3 mit Verweis auf ZR 84 [1985] Nr. 68). Bei der Bedarfsposition "Mehrkosten Verpflegung" können daher nur darüber hinausgehende Mehrauslagen berücksichtigt werden, die vom Anspruchsberechtigten nachzuweisen sind (vgl. Kreisschreiben, Ziffer III.3.2: "bei Nachweis von Mehrauslagen"). Will die unterhaltsverpflichtete Person den Zuschlag für auswärtige Verpflegung beanspruchen, so hat diese darzutun, dass sie einerseits auf auswärtige Verpflegung angewiesen ist und andererseits ihr dadurch entsprechende Mehrkosten erwachsen (OGer ZH LZ160014 vom - 29 - 07.12.2016, E. 4a). In Mankofällen bzw. in engen finanziellen Verhältnissen werden Kosten für auswärtige Verpflegung grundsätzlich nur dann zusätzlich zum Grundbetrag in der Bedarfsrechnung berücksichtigt, wenn das Mittagessen zwingend in einem Restaurant eingenommen werden muss (OGer ZH LC150027 vom 01.12.2016, E. II.2.3.2). In seiner Berufungsantwort macht der Gesuchsgegner detaillierte Berechnungen im Zusammenhang mit seinen Verpflegungskosten (Urk. 73 S. 3). Soweit ersichtlich, handelt es sich dabei um neue Vorbringen, die wegen des Novenverbots gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht zu berücksichtigen sind (vgl. vorstehend E. II.3). Der Gesuchsgegner bringt nicht vor, dass er diese verpflegungsbedingten Mehrauslagen bereits im vorinstanzlichen Verfahren substantiiert geltend gemacht habe. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat (vgl. statt vieler OGer ZH LE160031 vom 09.02.2017, E. II.B.2.5; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 39, m.w.H.). Anlässlich seiner persönlichen Befragung machte der Gesuchsgegner vor Vorinstanz lediglich folgende Aussagen im Zusammenhang mit der auswärtigen Verpflegung (Prot. I S. 52 f. und S. 54): "Wie verpflegten Sie sich, als Sie noch für die I. _____ AG arbeiteten? Während der Nachtschicht hatte ich dreissig Minuten Pause. Es wurden die Sandwiches vom Vortag gratis zur Verfügung gestellt. Ich hatte keine Zeit, auswärts zu essen, da ich von halb ein Uhr bis viertel vor fünf Uhr morgens tätig war. Es stand auch kein Raum zur Verfügung, in dem man etwas hätte wärmen können. Wie verpflegten Sie sich, als Sie in ... tätig waren? Das Mittagessen habe ich selbst finanziert. Das Frühstück und Nachtessen im Hotel wurde durch meine Arbeitgeberin finanziert. [...] Wie verpflegen Sie sich am Standort K. _____? Ich habe eine 45 minütige Mittagspause, während welcher ich mich auf eigene Kosten verpflegen kann. Man kann gegen Entgelt etwas aus einem Automaten beziehen. Es wird - 30 - jedoch kein Mittagsmenü angeboten. Es hat einen Pausenraum mit Tischen und Stühlen sowie einer Kaffeemaschine."

E. 3.5

Nach den vorstehenden Ausführungen ist die Erwägung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wonach beim Gesuchsgegner während seiner Anstellung bei der I. _____ AG keine Mehrkosten für die auswärtige Verpflegung zu berücksichtigen seien. In

Übereinstimmung mit der Vorinstanz hat der Gesuchsgegner selbst aus- geführt, dass während der halbstündigen Pause jeweils Sandwiches kostenlos zur Verfügung gestellt worden seien (Urk. 65 S. 32 mit Verweis auf Prot. I S. 52). Von zusätzlichen Tag- und Schichtdiensten war damals jedenfalls noch keine Rede. Konkrete Mehrauslagen für die auswärtige Verpflegung hat der Gesuchsgegner somit nicht nachgewiesen. Dasselbe gilt – entgegen den Erwägungen der Vorin- stanz – auch für die Zeit nach dem Stellenwechsel Mitte Oktober 2016. Der Um- stand, dass der Gesuchsgegner das Mittagessen während seiner Tätigkeit in ... selbst finanzieren musste, sagt noch nichts über allfällige Mehrkosten aus, welche nicht bereits im Grundbetrag enthalten sind (vgl. Urk. 65 S. 34 mit Verweis auf Prot. I S. 52 f.). Ferner führte der Gesuchsgegner aus, dass sowohl das Frühstück als auch das Nachtessen im Hotel durch die Arbeitgeberin finanziert worden sei (Prot. I S. 53). Entsprechend konnte der Gesuchsgegner während seiner Tätigkeit in ... die Kosten für zwei Mahlzeiten pro Tag einsparen, was allfällige Mehrausla- gen für das Mittagessen bei weitem kompensiert hätte. Mehrkosten für das Mit- tagessen konnte der Gesuchsgegner somit für die Zeit, in welcher er im Hotel wohnte, nicht glaubhaft machen. Die entsprechende Bedarfsposition ist zu strei- chen. Auch nach dem Standortwechsel nach K._____ rechtfertigt sich keine zu- sätzliche Anrechnung von Verpflegungskosten. Die Rechtsvertreterin des Ge- suchsgegners führte in ihrem Plädoyer aus, dass für die Mittagspause lediglich 45 Minuten zur Verfügung stünden, was der Gesuchsgegner anlässlich seiner Befra- gung bestätigte (Prot. I S. 38 und S. 54). Nach Angaben des Gesuchsgegners könne gegen Entgelt etwas aus einem Automaten bezogen werden, ein Mittags- menu werde jedoch nicht angeboten. Es habe aber einen Pausenraum mit Ti- schen und Stühlen sowie einer Kaffeemaschine. Dass er während seiner Mittags- pause zwingend ein Restaurant aufsuchen muss, konnte der Gesuchsgegner nicht glaubhaft machen und ist vorliegend auch nicht ersichtlich. Da die Mittags-

- 31 - pause lediglich 45 Minuten dauert, ist realistischerweise nicht davon auszugehen, dass sich der Gesuchsgegner regelmässig in einem Restaurant verpflegt. Bei den vorliegend knappen finanziellen Verhältnissen der Parteien kann von ihm erwartet werden, dass er etwas an dem von ihm erwähnten Automaten bezieht oder aber die Verpflegung von zu Hause mitnimmt, wofür die Fr. 11.– aus dem Grundbetrag ausreichen müssen. Zusammenfassend sind dem Gesuchsgegner – wie im Übri- gen auch der Gesuchstellerin – keine Mehrkosten für die auswärtige Verpflegung anzurechnen. 4. Mobilitätskosten

E. 4

Der Gesuchsgegner bringt vor Obergericht zusammengefasst vor, es liege weder eine Bestätigung der Fachstelle "G._____" vor, noch werde geltend ge- macht oder belegt, dass diese Fachpersonen C._____ je angehört hätten. Der Gesuchsgegner sei von der Fachstelle zu den Vorwürfen ebenfalls nie angehört worden, obwohl er sich bei der Institution "G._____" gemeldet habe. Dennoch masse sich diese Fachstelle ein Urteil an, wonach der Gesuchsgegner nicht ver- trauenswert sei. Immerhin werde jedoch eingestanden, dass aufgrund der Schilderungen der Gesuchstellerin nicht mit Sicherheit gesagt werden könne, ob auf C._____ überhaupt sexuelle Übergriffe erfolgt seien. Die Gesuchstellerin selbst äussere sich ebenfalls nicht klar darüber, wer genau allfällige sexuelle Übergriffe begangen haben solle. Bereits anlässlich der ersten Eheschutzver- handlung habe sie diese Vorwürfe sehr vage in den Raum gestellt, habe aber da- rauf verzichtet, ein begleitetes Besuchsrecht zu beantragen. Schliesslich stimme es nicht, dass der Gesuchsgegner selbst ein begleitetes Besuchsrecht befürwor- tet habe. Er habe lediglich gesagt, dass er nichts gegen ein

begleitetes Besuchsrecht hätte, sollte sich dies als richtiger Weg erweisen. Für ihn sei wichtig, dass er seine Kinder sehen könne. Dies sei aber für ihn nicht der richtige Weg. Entspreche nicht den gelebten Verhältnissen, weshalb er eine Begleitung ablehne (Urk. 73 S. 7 ff.).

E. 4.1

Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner ab Mitte Dezember 2016 (Standortwechsel von ... nach K._____) Fahrzeugkosten von monatlich Fr. 167.– an. Der Gesuchsgegner werde in Zukunft vor allem in K._____ arbeiten, jedoch auch Einsätze an anderen Standorten der Firma in der ganzen Schweiz leisten. Für diese Einsätze werde ihm kein Firmenfahrzeug zur Verfügung gestellt. Die mit dem eigenen Auto gefahrenen Kilometer würden von der Arbeitgeberin jedoch vergütet. Trotz des kurzen Arbeitsweges nach K._____ und der üblichen Arbeitszeiten sei dem Gesuchsgegner zuzugestehen, für den Arbeitsweg das Auto zu benutzen. Die Kosten würden sich bei ca. 5.5 km pro Weg und einem Ansatz von 70 Rappen pro Kilometer auf Fr. 167.– pro Monat belaufen (Urk. 65 S. 35 f.).

E. 4.2

Die Gesuchstellerin beanstandet berufungsweise die Anrechnung von Fahrzeugkosten mit dem eigenen PKW. Der aktuelle Arbeitsort des Gesuchsgegners befindet sich in einer Distanz, die er problemlos mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zurücklegen könne (Urk. 64 S. 4). Der Gesuchsgegner habe ausgeführt, dass er ab und zu auswärtige Termine wahrnehmen müsse und dass die entsprechenden Spesen für den öffentlichen Verkehr ersetzt oder ihm die gefahrenen Kilometer entschädigt würden. Über die Häufigkeit solcher Einsätze habe sich der Gesuchsgegner nicht geäußert. Die Gesuchstellerin habe bereits vor Vorinstanz ausgeführt, dass die Kosten für den öffentlichen Verkehr maximal Fr. 73.– pro Monat betragen würden (Urk. 64 S. 6).

- 32 -

E. 4.3

Der Gesuchsgegner beruft sich auch bei dieser Bedarfsposition auf das Kreisschreiben. Da er zur Ausübung seiner beruflichen Position auf ein Fahrzeug angewiesen sei, weil er zu den verschiedenen Betrieben seiner Arbeitgeberin fahren müsse, handle es sich beim Fahrzeug um ein Kompetenzstück. Hinzu komme, dass die Gesuchstellerin mit den Kindern von L._____ nach M._____ umgezogen sei und somit eine erhebliche Distanz für die Ausübung des Besuchsrechts geschaffen habe. Fahre der Gesuchsgegner mit seinem eigenen Fahrzeug, um die Kinder zu holen oder zu bringen, benötige er pro Weg rund 30 Minuten. Fahre er hingegen mit den öffentlichen Transportmitteln, so verlängere sich ein Weg um 45 Minuten. Zudem müsse er mit einem vier- und einem zweijährigen Kind drei Mal umsteigen, was beschwerlich sei. Auch von daher rechtfertige es sich, ihm das Fahrzeug im Bedarf zu belassen. Werde ihm das Fahrzeug hingegen nicht anerkannt, so seien die Kosten für den öffentlichen Verkehr für drei Zonen, mithin von Fr. 95.– im Bedarf zu veranschlagen, da er regelmässig nach M._____ und wieder zurück fahren müsse, um das Besuchsrecht auszuüben.

E. 4.4

Als Zuschlag zum monatlichen Grundbetrag sind im familienrechtlichen Existenzminimum die Kosten für die Fahrt zum Arbeitsplatz als Teil der unumgänglichen

Berufskosten zu berücksichtigen. Abzustellen ist grundsätzlich auf die effektiven Auslagen für die Benützung des öffentlichen Verkehrs. Die mit der Benützung eines Autos anfallenden Kosten können nur berücksichtigt werden, wenn dem für den Arbeitsweg benutzten Privatfahrzeug Kompetenzcharakter zukommt. Kann ein Ehegatte für seinen Arbeitsweg öffentliche Verkehrsmittel benutzen, ist ein Auto weder unentbehrlich noch notwendig. Die blossen Zeitersparnis führt noch nicht dazu, dass einem Auto Kompetenzcharakter zukommen würde. Die Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel muss vielmehr unmöglich oder unzumutbar sein. Das ist nicht leichthin anzunehmen (Six, Eheschutz, 2. Aufl., 2014, S. 126 f. Rz 2.114 f.). Vorliegend ist der Gesuchsgegner zur Ausübung seines Berufes bzw. für die Fahrten zum Arbeitsplatz (vgl. Kreisschreiben, Ziffer III.3.4.e) nicht zwingend auf ein Fahrzeug angewiesen. Der Arbeitsort liegt lediglich rund 5.5 km vom Wohnort des Gesuchsgegners entfernt (Urk. 53/6) und ist mit den öffentlichen Verkehrsmit-

- 33 - teln in rund 30 Minuten zu erreichen. Zudem sind die Arbeitszeiten des Gesuchsgegners durchaus üblich (06:45 Uhr bis 17:00 Uhr; Prot. I S. 54) und liegen nicht ausserhalb der Betriebszeiten der öffentlichen Verkehrsmittel. Was die Aussen-diensteinsätze betrifft, führte der Gesuchsgegner vor Vorinstanz selbst aus, dass es diesbezüglich die Möglichkeit gäbe, mit dem Zug zu reisen und sich das Billet vergüten zu lassen. Dass die Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel unmöglich oder unzumutbar sei, brachte der Gesuchsgegner nicht substantiiert vor. Nach dem Gesagten kommt dem Fahrzeug des Gesuchsgegners – was die Berufsausübung anbelangt – offensichtlich kein Kompetenzcharakter zu.

E. 4.5

In Bezug auf die Ausübung des Besuchsrechts handelt es sich bei den entsprechenden Vorbringen des Gesuchsgegners um verspätete Noven. Die erst(mals) vor Obergericht eingereichten Wegstrecken und Reisezeiten zwischen den Wohnorten der Parteien (Urk. 75/4 und Urk. 75/5) hätte der Gesuchsgegner bereits vor Vorinstanz ins Recht legen können und müssen. Zudem bringt der Gesuchsgegner nicht vor, dass er bereits im erstinstanzlichen Verfahren substantiiert vorgetragen habe, dass ihm die Besuchsrechtsausübung mit den öffentlichen Verkehrsmitteln nicht zumutbar sei. Auch wenn ein Fahrzeug die Bewältigung des Alltags bzw. die Ausübung des Besuchsrechts erleichtert, besteht bei engen finanziellen Verhältnissen kein Anspruch darauf, selbst wenn es bis anhin zum Lebensstandard gehörte (OGer ZH LC150019 vom 27.11.2015, E. III.3.a). Somit ist dem Gesuchsgegner auch unter dem Titel der Kinderbetreuung kein Fahrzeug in seinem Bedarf anzurechnen.

E. 4.6

Nach dem Gesagten sind im Bedarf des Gesuchsgegners lediglich die Kosten für die öffentlichen Verkehrsmittel zu berücksichtigen. Nach Ansicht des Bundesgerichtes ist die Berücksichtigung von Auslagen für die Besuchsrechtsausübung im Bedarf des besuchsberechtigten Ehegatten auch bei knappen finanziellen Verhältnissen möglich und liegt im Ermessen des jeweiligen Sachgerichtes (BGer 5A_390/2012 vom 21. Januar 2013, E. 6.4). Da dem Gesuchsgegner ein erweitertes Besuchsrecht zusteht (vgl. vorstehend E. III.A.8.3), was zu vermehrten Reisekosten führt, erscheint es angemessen ihm ab Mitte Dezember 2016 die Auslagen für drei Zonen (... bis M._____) von monatlich Fr. 95.– (Fr. 1'150.– pro

- 34 - Jahr) anzurechnen. Die von der Vorinstanz berücksichtigten Mobilitätskosten in der Zeit vor Dezember 2016 wurden von der Gesuchstellerin nicht beanstandet. Entsprechend erübrigen sich weitere Ausführungen diesbezüglich. 5. Fremdbetreuungskosten

E. 5

Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Der Anspruch auf persönlichen Verkehr stellt ein Persönlichkeitsrecht des Kindes dar. Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts gilt stets das Kindeswohl; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen (BGE 130 III 585 E. 2.1, m.w.H.; BGer 5A_728/2015 vom 25. August 2016, E. 2.1). Welche Ordnung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kinder angemessen ist, lässt sich nicht objektiv und abstrakt um-

- 16 - schreiben, sondern entscheidet sich im konkreten Einzelfall nach gerichtlichem Ermessen (BGer 5A_450/2015 vom 11. März 2016, E. 3.3, nicht publiziert in BGE 142 III 481; 5A_323/2015 vom 25. Februar 2016, E. 3.1). Bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung kann der persönliche Verkehr eingeschränkt oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Eine Gefährdung des Wohls des Kindes im genannten Sinne liegt dann vor, wenn dessen ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entwicklung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist (BGer 5A_404/2015 vom 27. Juni 2016, E. 5.2.3, m.w.H.). Rechtliche Relevanz ist dann anzunehmen, wenn eine erhebliche, konkrete und nachhaltige Kindeswohlgefährdung vorliegt bzw. zukünftig eintreten könnte. Dabei muss eine objektiv fassbare Gefahr einer Beeinträchtigung für das Kind vorliegen (Kilde, Der persönliche Verkehr: Eltern - Kind - Dritte, Zivilrechtliche und interdisziplinäre Lösungsansätze, 2015, Rz 431, mit Verweis auf CHK-Biderbost, Art. 307 ZGB N 9). Ein begleitetes Besuchsrecht ist dann anzuordnen, wenn das Kindeswohl so gefährdet ist, dass der Anspruch auf persönlichen Verkehr entzogen werden müsste. Es stellt somit eine Alternative zum Entzug des Besuchsrechts dar und nicht eine Alternative zum ordentlichen Besuchsrecht. Vorausgesetzt sind konkrete Anhaltspunkte für die Gefährdung des Kindeswohls. Auf jeden Fall darf die Eingriffsschwelle beim begleitetem Besuchsrecht nicht tiefer angesetzt werden, als wenn es um die Verweigerung oder den Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr überhaupt ginge (BGer 5A_699/2007 vom 26. Februar 2008, E. 2.1; Kilde, a.a.O., Rz 464). Eine bloss abstrakte Gefährdung reicht demgegenüber nicht aus (OGER ZH LE130063 vom 23.01.2014, E.III.B.5.2). Begleitete Besuche sind somit die Ausnahme und bedürfen stichhaltiger Hinweise dafür, dass das Kind ohne diesen Schutz unmittelbar in seiner physischen oder psychischen Gesundheit gefährdet würde (BGer 5A_404/2015 vom 27. Juni 2016, E. 5.2.3; OGER ZH PQ150034 vom 24.08.2015, E. 3). Der geäusserte Verdacht von sexuellem Missbrauch erfordert eine Risikoabwägung, die an gesicherten Tatsachen auszurichten ist. Bei unbewiesenen Verdächtigungen ist das begleitete Besuchsrecht insbesondere keine Kompromisslösung, weil dadurch ohne hinreichend begründeten Anlass schwer in das Kontaktrecht eingegriffen würde (Thomas Rauscher in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-

- 17 - buch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4 Familienrecht, Berlin 2014, Rz 13 zu § 1684 BGB).

E. 5.1

Die Vorinstanz berücksichtigte im Bedarf der Gesuchstellerin ab September 2016 für die Kosten der Kinderbetreuung (Kinderkrippe) einen Betrag von Fr. 905.– pro Monat (Urk. 65 S. 28 und S. 33).

E. 5.2

Der Gesuchsgegner hält zum Bedarf der Gesuchstellerin fest, dass dieser nicht bestritten werde (Urk. 73 S. 2). Anschliessend führt er dann jedoch aus, dass die Krippenkosten nur bis Ende August 2017 Gültigkeit hätten. Nach diesem Zeitpunkt werde C._____ den Kindergarten besuchen, weshalb sie nicht mehr den ganzen Tag im Hort betreut werde. Die neue Situation ab September 2017 werde zu Betreuungskosten für C._____ von monatlich Fr. 392.– führen. Die eingereichten Unterlagen der Krippe "E._____" in M._____ (Urk. 75/3) könnten diese Auslagen sofort belegen und seien daher zuzulassen (Urk. 73 S. 2).

E. 5.3

Der Gesuchsgegner bringt nicht vor, dass er die Reduktion der Fremdbetreuungskosten bereits vor Vorinstanz vorgebracht habe. Die mit der bevorstehenden Einschulung zusammenhängende (angebliche) Reduktion der Hortkosten hätte der Gesuchsgegner bereits im erstinstanzlichen Verfahren geltend machen können und müssen (vgl. vorstehend E. II.3). Der von ihm vor Obergericht eingereichte Ausdruck der Internetseite des "E._____" (Urk. 75/3) ist als unechtes Novum nicht zu berücksichtigen, zumal der Gesuchsgegner nicht geltend macht, dass es ihm im vorinstanzlichen Verfahren trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war, diesen Beleg einzureichen. Zudem beanstandet der Gesuchsgegner lediglich die Hortkosten von C._____. Zu den Fremdbetreuungskosten von D._____ äussert er sich nicht. Entsprechend ist davon auszugehen, dass sich diese nach wie vor auf Fr. 440.80 pro Monat belaufen (Urk. 14/14). Zusammen mit den vom Gesuchsgegner neu geltend gemachten Auslagen für C._____ von Fr. 392.– (Urk. 73 S. 2) würden die gesamten Krippenkosten für beide Töchter ab September 2017 pro Monat Fr. 832.80 betragen, was einer Differenz zum angefochtenen

- 35 - Urteil von rund Fr. 72.– entspricht. Da in casu ein Mankofall vorliegt, hätte eine Reduktion des Bedarfs der Gesuchstellerin um Fr. 72.– ohnehin keine Auswirkungen auf die Unterhaltszahlungen. Es würde sich lediglich das durch die Gesuchstellerin zu tragende Manko verringern. Zusammenfassend sind die Fremdbetreuungskosten im Bedarf der Gesuchstellerin ab September 2016 in Übereinstimmung mit der Vorinstanz bei Fr. 905.– pro Monat zu belassen. 6. Einkommen der Gesuchstellerin

E. 5.4

Schliesslich erwog die Vorinstanz zu Recht, dass als Urheber von allfälligen sexuellen Übergriffen auf C._____ neben dem Gesuchsgegner und seinem engen Umfeld auch noch weitere Personen in Frage kämen. Es sei allgemein bekannt, dass solche Übergriffe häufig auch vom weiteren Freundes- oder Verwandtenkreis – notabene nicht nur eines Elternteils – begangen würden (Urk. 65 E. IV.4.2). Mit dieser Erwägung setzt sich die Gesuchstellerin in ihrer Berufungs-

- 22 - schrift nicht eingehend auseinander und bestreitet auch nicht, dass noch andere Personen als potentielle Täter in Frage kommen. Im Gegenteil führt sie selbst aus, dass sie sich von den Abklärungen der Beistandsperson "konkrete Hinweise über die Person erhoffe", welche die Übergriffe verübt habe (Urk. 81 S. 9). Nach dem Gesagten ist die vorinstanzliche Schlussfolgerung nicht zu beanstanden, wonach zu wenige Anhaltspunkte

vorliegen würden, dass die (allfälligen) sexuellen Übergriffe tatsächlich dem Gesuchsgegner anzulasten wären (Urk. 65 E. IV.4.2). Der blosser Verdacht sexueller Missbrauchs rechtfertigt auf jeden Fall nicht, das Besuchsrecht auszuschliessen bzw. einzuschränken. Die Lösung kann nicht in der Betonung der abstrakten Gefahr eines möglichen erfolgten sexuellen Missbrauchs liegen; so schwer diese auch wiegt, vermag sie nicht einen blossen Verdacht zur Realität zu erheben oder das Risiko einer Fehlreaktion auf einen blossen Verdacht zu kompensieren (vgl. Staudinger/Rauscher [2014], Rz 337 zu § 1684 BGB). Die Berufung ist – was das begleitete Besuchsrecht anbelangt – abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil in diesem Punkt zu bestätigen. Entsprechend sind auch die Aufgaben der Beistandsperson (Urk. 65, Dispositivziffer 4) nicht zu ergänzen.

E. 6

Für den Fall, dass der Antrag auf begleitete Besuche abgewiesen werden sollte, beantragt die Gesuchstellerin in Abänderung des angefochtenen Urteils (Urk. 65, Dispositivziffer 6) ein gerichtliches Besuchsrecht. Es gebe keinen Grund, dem Gesuchsgegner vor dem genannten Hintergrund ein erweitertes Betreuungsgrecht zuzusprechen. Der Gesuchsgegner könne mit einem Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende einen angemessenen Kontakt zu seinen Töchtern im Sinne von Art. 273 ZGB aufrechterhalten. Während der Ehe habe die Betreuung der beiden Kinder hauptsächlich der Gesuchstellerin obliegen. Erst als der Gesuchsgegner im Frühjahr 2016 arbeitslos geworden sei, habe der Gesuchsgegner für ca. drei Monate hauptsächlich die Betreuung der Kinder übernommen. Die Ausführungen im angefochtenen Urteil, wonach der Gesuchsgegner vermehrt die Betreuung der Kinder übernommen hätte, treffe so nicht zu. Wäre der Gesuchsgegner nicht arbeitslos geworden, hätte er keine zusätzlichen Betreuungsaufgaben übernehmen können. Zudem sei von Anfang an klar gewesen, dass er dies nur vorübergehend bis zu einer neuen Anstellung in einem Vollzeitpensum

- 23 - machen könne. Die Vorinstanz habe der Gesuchstellerin kein einziges ganzes Wochenende mit den Kindern eingeräumt, was als sehr einschränkend empfunden werde. Es gehe nicht an, die Kontakte an den Wochenenden mit der Mutter derart zu beschränken, wie dies die Vorinstanz getan habe. Dies liege nicht im Kindeswohl (Urk. 64 S. 10 f.).

E. 6.1

Die Vorinstanz ging bei der Gesuchstellerin von einem 40%-Pensum aus und erwog, dass ihr eine Ausdehnung der Erwerbstätigkeit aufgrund der Kinderbetreuung momentan nicht zumutbar sei (Urk. 65 S. 24). Gestützt auf das Lohnblatt der "N._____ GmbH" für das Jahr 2016 berechnete die Vorderrichterin ein Netto-Erwerbseinkommen der Gesuchstellerin (jeweils zuzüglich Familienzulagen) im Juni 2016 von Fr. 2'208.–, im Juli 2016 von Fr. 2'605.– und ab August 2016 von Fr. 1'558.– (Urk. 65 S. 24 und S. 31-37).

E. 6.2

Der Gesuchsgegner bringt vor Obergericht zusammengefasst vor, die Gesuchstellerin tätige nebst dem ausbezahlten Lohn noch Privatbezüge, welche zusätzlich als Einkommen zu veranschlagen seien. Im Jahr 2015 habe die Gesuchstellerin Privatbezüge von insgesamt Fr. 7'087.– getätigt, was aus dem nun eingereichten Auszug der Buchhaltung 2015 ersichtlich sei (Urk. 75/1; "Warenaufwand Textil Privat", "Warenaufwand Handelsware Privat", "Versandkosten Einkauf Privat", etc.). Bis Oktober 2016 seien es wiederum Privatbezüge im Umfang von total Fr. 4'310.– gewesen (Urk. 45). Es handle sich dabei um die Realisation von Einkommen, was bisher nicht deklariert und berücksichtigt

worden sei. Der neu eingereichte Auszug aus der Buchhaltung 2015 vermöge dies sofort zu belegen und zu beziffern, weshalb er zuzulassen sei. Ebenfalls nicht berücksichtigt worden sei der Umstand, dass der Auftrag der ... zwar viel Arbeit generiert, die Gesuchstellerin aber nicht mehr Lohn bezogen habe. Stattdessen habe sie 130 Stunden Überzeit verbucht. Diese Überstunden müssten ausbezahlt und als Einkommen berücksichtigt werden (Urk. 73 S. 2).

- 36 -

E. 6.3

Der Gesuchsgegner ist einmal mehr darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur berücksichtigt werden, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Das Berufungsverfahren dient – wie einleitend bereits ausgeführt – nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern bzw. nachholen können. Alles, was relevant ist, ist deshalb rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (vgl. vorstehend E. II.3). Eine Verletzung der Untersuchungsmaxime macht der Gesuchsgegner im Übrigen nicht geltend. Demnach kann der im Berufungsverfahren eingereichte Auszug aus der Buchhaltung 2015 (Urk. 75/1) als verspätetes (unechtes) Novum nicht mehr berücksichtigt werden. Dasselbe gilt für die Buchhaltung 2016 der "N._____ GmbH" (Urk. 45). Der entsprechende Zwischenabschluss per 31. Oktober 2016 hat die Gesuchstellerin bereits mit Eingabe vom 5. Dezember 2016 vor Vorinstanz eingereicht (Urk. 44). Mit Kurzbrief vom 6. Dezember 2016 wurde diese neue Urkunde dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 48). Daraufhin hätte der Gesuchsgegner vor Beginn der Urteilsberatung noch die Möglichkeit gehabt, insbesondere an der Verhandlung vom 20. Dezember 2016, sich eingehend zu diesen Buchhaltungsunterlagen zu äussern und die (angeblichen) Privatbezüge geltend zu machen. Dies hat er versäumt und kann dies nach dem Gesagten im Berufungsverfahren nicht mehr nachholen. Der Gesuchsgegner erklärt diesbezüglich auch nicht, weshalb er die behaupteten Privatbezüge nicht bereits vor Vorinstanz geltend gemacht hat, obwohl ihm dies möglich und zumutbar war. Die entsprechenden Vorbringen sind aus den genannten Gründen nicht zu hören. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass es sich bei den vom Gesuchsgegner vorgebrachten Buchhaltungskonten nicht um Privatbezüge der Gesuchstellerin handelt. Wie die Gesuchstellerin glaubhaft ausgeführt hat, unterscheidet sie in ihrer Buchhaltung offensichtlich zwischen Privat- und Firmenkunden (vgl. Urk. 81 S. 4). Die mit "Privat" bezeichneten Aufwandskonten beziehen sich somit nicht auf Privatbezüge sondern auf Privatkunden. Dies ergibt sich nachvollziehbar aus der Ertragsaufstellung in der Erfolgsrechnung 2016, aus welcher diese "Privatkonten" ebenfalls ersichtlich sind (Urk. 45 S. 4; "Ertrag Konfektion Privatkunden", "Ertrag Fabrikate Private", "Ertrag Textil Private", "Ertrag Handelsware Private"). Dahingegen be-

- 37 - steht ein explizites Passivkonto "Privat" (Kontonummer 2550), von welchem die Gesuchstellerin vor Vorinstanz ebenfalls einen detaillierten Auszug eingereicht hat (Urk. 53/7). Aus dieser Aufstellung gehen sämtliche Privatbezüge des Jahres 2016 sowie die Rückzahlungen der Gesuchstellerin hervor. Der Negativsaldo per 31. Oktober 2016 von Fr. -49.85 wurde sodann in das Bilanz-Passivkonto "Privat" übertragen (Urk. 45 S. 2). Nach dem Gesagten handelt es sich bei den vom Gesuchsgegner (verspätet) vorgebrachten Aufwandskonten nicht um Privatbezüge der Gesuchstellerin, die ihr als Einkommen angerechnet werden müssten.

E. 6.4

Was die vom Gesuchsgegner vor Obergericht geltend gemachten Überstunden anbelangt, kann vorab auf die vorstehende Erwägung verwiesen werden. Die Überstunden waren bereits vor Vorinstanz ein Thema (vgl. Prot. I S. 47). Der Gesuchsgegner behauptet im Berufungsverfahren nicht, dass er die Anrechnung von allfälligen Überstunden beim Einkommen der Gesuchstellerin bereits vor Vorinstanz substantiiert vorgebracht habe und macht auch diesbezüglich keine Verletzung der Untersuchungsmaxime geltend. Doch auch im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime ist es die Aufgabe der Parteien, an der Sammlung des Prozessstoffes mitzuwirken. Es obliegt ihnen, dem Gericht die rechtserheblichen Tatsachen zu unterbreiten und es auf die verfügbaren Beweismittel hinzuweisen (BGer 5A_645/2016 vom 18. Mai 2017, E. 3.2.3, m.w.H.). Offenbar geht der Gesuchsgegner davon aus, dass Überstunden stets zwingend zu einem Mehreinkommen führen. Dem ist nicht so; oft werden Überstunden aufgrund vertraglicher Vereinbarungen gar nicht entschädigt oder durch Freizeit kompensiert. Gerade bei Selbständigerwerbenden oder auch bei leitenden Angestellten führt die Leistung von Überstunden nicht zwingend zu anrechenbarem Erwerbseinkommen. Der Gesuchsgegner führt weder im erst- noch im zweitinstanzlichen Verfahren substantiiert aus, dass die Gesuchstellerin überhaupt Anspruch auf eine Entschädigung der geleisteten Überstunden hat, noch beziffert er die Höhe des seiner Ansicht nach zu berücksichtigenden Mehreinkommens. Das von der Vorinstanz berechnete Erwerbseinkommen der Gesuchstellerin ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden.

- 38 - 7. Unterhaltsberechnung

E. 7

Der Gesuchsgegner rechtfertigt demgegenüber das von der Vorinstanz angeordnete erweiterte Besuchsrecht. Es sei unbestritten, dass die Kinder während zwei Tagen pro Woche jeweils vom Gesuchsgegner betreut worden seien, als die Parteien noch zusammengelebt hätten. Es sei auch unbestritten, dass der Gesuchsgegner zwischenzeitlich die Kinder an allen Wochenenden betreut habe. Es werde nicht rechtsgenügend dargelegt, weshalb von dieser bereits seit langem gelebten Familienorganisation abgewichen werden sollte. In ihrem Urteil habe die Vorinstanz dem Gesuchsgegner daher ein Besuchsrecht eingeräumt, wie es der bisherigen Betreuungsaufteilung entsprochen habe und somit im Wohl der Kinder auf gleichbleibende und somit stabile Verhältnisse liege. Dass der Gesuchsgegner die Kinder nicht unter der Woche zu sich nehmen könne, ergebe sich aus der Verpflichtung, dass er einer Vollzeitberufstätigkeit nachgehen müsse. Das mit dem vorinstanzlichen Urteil festgelegte Besuchsrecht entspreche den bisher gelebten Betreuungsverhältnissen und dementsprechend auch dem Kindeswohl (Urk. 73 S. 12 f.).

E. 7.1

Die Reduktion des Bedarfs des Gesuchsgegners ab Oktober 2016 in Bezug auf die Positionen "Mehrkosten Verpflegung" und "Fahrt zur Arbeit" führt zu einer höheren Leistungsfähigkeit und somit auch zu höheren Unterhaltsbeiträgen. Trotz der erhöhten Leistungsfähigkeit hat die Gesuchstellerin nach wie vor in jedem Monat ein Manko zu tragen, da die beiden Bedarfe der Parteien das Gesamteinkommen übersteigen. Übereinstimmend mit der Vorinstanz erscheint es sodann angemessen, den Kinderunterhalt für die beiden Töchter von Oktober bis Dezember 2016 auf Fr. 1'000.– pro Kind und

Monat festzusetzen (Urk. 65 S. 34). Ein höherer Unterhaltsbeitrag für Kinder im Vorschulalter erscheint nicht gerechtfertigt. Entsprechend erhöht sich lediglich der persönliche Unterhaltsbeitrag der Gesuchstellerin in der Zeit von Oktober bis Dezember 2016 aufgrund des reduzierten Bedarfs des Gesuchsgegners (Für die Phasen ab Januar 2017 vgl. nachfolgend E. 7.3).

E. 7.2

Die vorstehenden Erwägungen im Zusammenhang mit dem Bedarf des Gesuchsgegners haben folgende Auswirkungen auf die Unterhaltsbeiträge der Gesuchstellerin: Oktober 2016 Da dem Gesuchsgegner keine Auslagen für die auswärtige Verpflegung angerechnet werden, reduziert sich sein Bedarf in der zweiten Hälfte des Monats Oktober 2016 um Fr. 110.–. Im gleichen Umfang erhöht sich somit seine Leistungsfähigkeit, weshalb der Unterhaltsbeitrag an die Gesuchstellerin persönlich für diesen Monat neu auf Fr. 346.– festzusetzen ist (Fr. 236.– + Fr. 110.–; vgl. Urk. 65 S. 34). November 2016 Durch die Streichung der Bedarfsposition "Mehrkosten Verpflegung" stehen dem Gesuchsgegner in diesem Monat Fr. 220.– mehr zur Verfügung. Entsprechend erhöht sich der persönliche Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin auf Fr. 480.– (Fr. 260.– + Fr. 220.–; vgl. Urk. 65 S. 35).

- 39 - Dezember 2016 Wiederum sind im Bedarf des Gesuchsgegners Fr. 220.– für auswärtige Verpflegung zu streichen. Hinzu kommen die reduzierten Mobilitätskosten für einen halben Monat. Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner Fahrzeugkosten von Fr. 83.– an (Fr. 167.– : 2; vgl. Urk. 65 S. 36). Gemäss vorstehenden Erwägungen sind im Bedarf des Gesuchsgegners jedoch nur die Kosten für den öffentlichen Verkehr im Betrag von Fr. 48.– zu berücksichtigen (Fr. 95.– : 2), was einer Differenz von Fr. 35.– entspricht. Nach dem Gesagten erhöht sich die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners und somit der Unterhaltsbeitrag an die Gesuchstellerin im Dezember 2016 um insgesamt Fr. 255.– (Fr. 220.– + Fr. 35.–) auf total Fr. 432.– (Fr. 177.– + Fr. 255.–; vgl. Urk. 65 S. 36).

E. 7.3

Per 1. Januar 2017 sind die neuen Bestimmungen zum Kindesunterhaltsrecht in Kraft getreten. 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 ZGB) deckt dabei alle direkten Kosten des Kindes, wie beispielsweise Ernährung, Unterkunft, Bekleidung, Krankenkassenprämien, Fremdbetreuung, etc. Der Betreuungsunterhalt dahingegen deckt die indirekten Kosten, welche durch die persönliche Betreuung durch einen Elternteil entstehen. Rechnerisch ergibt sich der Betreuungsunterhalt aus den

Lebenshaltungskosten des betreuenden Elternteils, welche grundsätzlich dem familienrechtlichen Exis-

- 40 - tenzminimum entsprechen, abzüglich des selbst erwirtschafteten Einkommens der Hauptbetreuungsperson. Bei der Berechnung des Unterhaltsbeitrages sind die Familienzulagen jeweils vorweg vom Unterhaltsbedarf des Kindes abzuziehen (BGE 137 III 59 E. 4.2.3). Wird der Unterhaltsanspruch des Kindes auf diese Weise berechnet, so ist die Familienzulage bei der Bemessung des Barbedarfs im Ergebnis immer zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu leisten (Botschaft Kindesunterhalt, a.a.O., S. 578 f.)

E. 7.4

Um den (Bar)Bedarf bzw. die Lebenshaltungskosten im Sinne des neuen Unterhaltsrechts zu berechnen, sind ab 2017 die Bedarfspositionen der Kinder nicht mehr beim betreuenden Elternteil einzurechnen, sondern separat auszuweisen. Ausgehend von der Kalkulation der Vorinstanz (Urk. 65 S. 25 ff. und S. 33 ff.) berechnen sich neu die Lebenshaltungskosten der Gesuchstellerin bzw. die Barbedarfe der beiden Kinder wie folgt: Gesuchstellerin C. _____ D. _____ Total Grundbetrag: 1'350.00 400.00 400.00 2'150.00 Wohnkostenanteil: 586.00 293.00 293.00 1'172.00 Krankenkasse: 272.00 23.00 23.00 318.00 Kommunikation: 139.00 139.00 Mobiliar-/Haftpflichtversicherung: 35.00 35.00 Mobilitätskosten: 110.00 110.00 Fremdbetreuungskosten: 452.50 452.50 905.00 abzüglich Familienzulagen: -200.00 -200.00 -400.00 Total: 2'492.00 968.50 968.50 4'429.00

E. 7.4.1

Die Differenz zwischen den Lebenshaltungskosten der Gesuchstellerin und ihrem Erwerbseinkommen (ohne Familienzulagen) beträgt Fr. 934.– (Fr. 2'492.– ./ Fr. 1'558.–), was dem theoretisch geschuldeten Betreuungsunterhalt entspricht. Der Bedarf des Gesuchsgegners reduziert sich ab Januar 2017 im Vergleich zum angefochtenen Urteil um Fr. 292.–. Einerseits sind ihm keine Verpflegungskosten (Fr. 220.–) anzurechnen und andererseits sind die (vollen) Mobilitätskosten lediglich mit Fr. 95.– anstatt mit Fr. 167.– zu bemessen, was einer Differenz von Fr. 72.– entspricht. Nach dem Gesagten erhöht sich die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners ab Januar 2017 um Fr. 292.– auf insgesamt Fr. 2'346.– (Fr. 2'054.– + Fr. 292.–; vgl. Urk. 65 S. 36). Somit ist der Gesuchsgeg-

- 41 - ner in der Lage, ab Januar 2017 neben dem Barunterhalt für die beiden Kinder (2 x Fr. 968.50) zusätzlich noch Fr. 409.– an Betreuungsunterhalt zu leisten (Fr. 2'346.– ./ [2x Fr. 968.50]). Es rechtfertigt sich, den gesamten Betreuungsunterhalt D. _____, dem jüngeren Kind, anzurechnen. Damit kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Betreuungsintensität je Kind mit fortschreitendem Alter abnimmt, D. _____ indes am längsten noch auf eine Betreuung angewiesen sein wird. Zudem können komplizierte Berechnungen mit zahlreichen Phasen vermieden werden (vgl. dazu S. 13 f. des Leitfadens des Zürcher Obergerichts zum neuen Unterhaltsrecht). Der Fehlbetrag zur Deckung des gesamten Betreuungsunterhaltes beträgt nach dem Gesagten Fr. 525.– (Fr. 934.– ./ Fr. 409.–).

E. 7.4.2

Ab April 2017 reduziert sich der Bedarf des Gesuchsgegners um weitere Fr. 100.–, da ihm die Mietkosten für den Bastelraum nicht mehr anzurechnen sind. Die übrigen Berechnungsgrundlagen bleiben unverändert (vgl. Urk. 65 S. 37). Entsprechend kann der Gesuchsgegner ab April 2017 Fr. 100.– mehr und somit insgesamt Fr. 509.– an

Betreuungsunterhalt leisten. Entsprechend reduziert sich das Manko von D._____ – was den Betreuungsunterhalt betrifft – ab diesem Zeitpunkt auf Fr. 425.– (Fr. 934.– ./ Fr. 509.–).

E. 7.5

Zusammenfassend ist der Gesuchsgegner in Abänderung des angefochtenen Urteils zu verpflichten, der Gesuchstellerin für sich und die Kinder C._____ und D._____ monatlich zahlbare Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen: a) Oktober 2016 – für die Kinder C._____ und D._____ je Fr. 1'000.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher und vertraglicher Familienzulagen) – für die Gesuchstellerin persönlich Fr. 346.–. b) November 2016 – für die Kinder C._____ und D._____ je Fr. 1'000.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher und vertraglicher Familienzulagen) – für die Gesuchstellerin persönlich Fr. 480.–.

- 42 - c) Dezember 2016 – für die Kinder C._____ und D._____ je Fr. 1'000.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher und vertraglicher Familienzulagen) – für die Gesuchstellerin persönlich Fr. 432.–. d) 1. Januar bis 31. März 2017 – für C._____: Fr. 968.50 – für D._____: Fr. 1'377.50 (davon Fr. 409.– Betreuungsunterhalt). Es ist festzuhalten, dass der Betreuungsunterhalt für D._____ im Umfang von Fr. 525.– nicht gedeckt ist. e) ab 1. April 2017 – für C._____: Fr. 968.50 – für D._____: Fr. 1'477.50 (davon Fr. 509.– Betreuungsunterhalt). Es ist festzuhalten, dass der Betreuungsunterhalt für D._____ im Umfang von Fr. 425.– nicht gedeckt ist. Die Unterhaltsbeiträge für die Monate Juni 2016 bis September 2016 blieben un- angefochten und sind entsprechend aus dem vorinstanzlichen Urteil zu übernehmen (Urk. 65 S. 31-33 und S. 45 f., Dispositivziffer 7-9). IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen A. Erstinstanzliches Verfahren Die Vorinstanz auferlegte die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte und sprach entsprechend keine Parteientschädigungen zu (Urk. 65 S. 42 f.). Diese Kosten- und Entschädigungsregelung wurde im Berufungsverfahren nicht ange- fochten und auch von keiner Partei beanstandet. Auch nach der vorgenommenen Korrektur des angefochtenen Urteils erscheint eine hälftige Kostenauflegung für das erstinstanzliche Verfahren angemessen. Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Urk. 65 S. 47, Dispositivziffer 12 bis 14) ist demnach zu bestätigen.

- 43 - B. Zweitinstanzliches Verfahren 1. Abschliessend ist über die zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungs- folgen zu befinden. Für das vorliegende Berufungsverfahren rechtfertigt es sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG eine pauschale Entscheidegebühr von Fr. 4'000.– festzusetzen. 2. Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren im Wesentlichen das Besuchsrecht sowie die Unterhaltsbeiträge. Grundsätzlich hat die unterliegende Partei die Prozesskosten zu tragen. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so wer- den die Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Was die Unterhaltsbeiträge angeht, obsiegt die Gesuchstellerin vor Obergericht weitestgehend. Sie ist mit ihren Beanstandungen an der Bedarfsbe- rechnung des Gesuchsgegners praktisch vollumfänglich durchgedrungen, wobei die Rügen des Gesuchsgegners zu den finanziellen Aspekten erfolglos blieben. Demgegenüber obsiegt der Gesuchsgegner bei der Frage des (begleiteten) Be- suchsrechts. Die Berufung in diesem Punkt ist vorwiegend deshalb abzuweisen, weil die Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren bewusst keine konkreten und substantiierten Ausführungen zur Gefährdung des Kindewohls im Zusammenhang mit möglichen sexuellen Übergriffen gemacht hat (vgl. vorstehend E. III.A.5.3). Durch das Zurückhalten von entscheiderelevanten Sachverhaltselementen war ei- ne eingehende Auseinandersetzung

mit den Berufungsanträgen zum Besuchsrecht nicht möglich. Entsprechend rechtfertigt es sich vorliegend von der Praxis abzuweichen, wonach die Gerichtskosten in Kinderbelangen stets hälftig aufzuteilen sind. Die beiden Schwerpunkte der Berufung (Besuchsrecht und Unterhaltsbeiträge) sind sowohl von der Schwierigkeit, als auch vom Aufwand her gleich zu gewichten. Nach dem Gesagten halten sich im Berufungsverfahren Obsiegen und Unterliegen der Parteien gesamthaft betrachtet in etwa die Waage. Demnach sind die Prozesskosten für das Berufungsverfahren den Parteien je zur Hälfte aufzulegen und die Parteienschädigungen wettzuschlagen. 3. Schliesslich ist beiden Parteien aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse die beantragte unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ff. ZPO zu bewilligen und in der Person der jeweiligen Rechtsvertretung ein unentgeltlicher

- 44 - Rechtsbeistand zu bestellen (vgl. Urk. 64 S. 3; Urk. 73 S. 13 f.). Die vorstehende Unterhaltsberechnung hat ergeben, dass in casu eine Mankosituation vorliegt (vgl. E. III.B.7). Entsprechend ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner mit dem Existenzminimum auskommen muss, wobei der Gesuchstellerin nicht einmal dieses zur Verfügung steht (vgl. Urk. 65 S. 42). Über nennenswertes Vermögen verfügen zudem beide Parteien nicht (Urk. 11/1, 11/16, 14/3, 14/16-19 und 53/2). Wie die Vorinstanz bereits zu Recht festgestellt hat, steht die Mittellosigkeit beider Parteien somit ausser Frage (Urk. 65 S. 42). Daraus folgt, dass der Gesuchsgegner auch nicht in der Lage ist, den von der Gesuchstellerin beantragten Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag zu leisten (Urk. 64 S. 3). Der entsprechende Antrag ist abzuweisen. Es wird beschlossen:

E. 8

Bei der Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs steht – wie bereits erwähnt – das Kindeswohl im Vordergrund, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen ist. Bei der Festsetzung des Besuchsrechts geht es nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in seinem Interesse zu regeln. Häufigkeit und Dauer der Besuchskontakte richten sich dabei vor allem nach dem Alter des Kindes, seiner bisherigen Bindung zum anderen Elternteil, der Lebensausgestaltung des Kindes und der Eltern sowie nach der Häufigkeit der bisherigen Kontakte (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 13).

E. 8.1

Im vorinstanzlichen Verfahren führte die Gesuchstellerin aus, seit der Aufnahme des Getrenntlebens am 1. Juni 2016 habe der Gesuchsgegner die beiden

- 24 - Töchter in der Regel an drei Tagen pro Woche betreut (Urk. 13 S. 6). Anlässlich der Verhandlung vom 20. Dezember 2016 brachte die Gesuchstellerin vor, seit der Gesuchsgegner einer Vollzeitberufstätigkeit nachgehe, d.h. seit Mitte Oktober 2016, habe er die Kinder jedes Wochenende bei sich auf Besuch gehabt, obwohl die Gesuchstellerin dies nicht gewollt habe (Prot. I S. 35). Gemäss den vorstehenden Ausführungen der Gesuchstellerin ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausging, dass der Gesuchsgegner in der Vergangenheit die Kinder in tatsächlicher Hinsicht mehr als nur im gerichtlichen Umfang selbst betreut habe (Urk. 65 S. 18 f.).

E. 8.2

Berufungsweise kritisiert die Gesuchstellerin nun dieses erweiterte Besuchsrecht. Die getroffene Regelung schränke die Gesuchstellerin massiv ein. Es stehe ihr kein einziges ganzes Wochenende im Monat mit ihren Töchtern zur Verfügung, was nicht angehe. Die Gesuchstellerin beanspruche für sich ebenfalls zwei Wochenende pro Monat für die Betreuung der Kinder. Das von der Vorinstanz angeordnete Besuchsrecht empfinde die Gesuchstellerin als sehr einschränkend (Urk. 64 S. 10 f.). Damit beruft sich die Gesuchstellerin primär auf ihren Gerechtigkeitssinn und scheint dabei zu verkennen, dass es bei der Ausgestaltung des Besuchsrechts nicht um die Interessen und Wünsche der Eltern, sondern vorwiegend um die Bedürfnisse der Kinder geht (vgl. vorstehend E. A.8). Die obhutsberechtigten Gesuchstellerin hat zwar ebenfalls Anspruch auf einen angemessenen Umgang mit den Kindern, jedoch keinen Anspruch auf völlig ausgeglichene Wochenendzeiten. Die Gesuchstellerin behauptet zwar pauschal, die vorinstanzliche Besuchsrechtsregelung liege nicht im Kindeswohl (Urk. 64 S. 11). Inwiefern die Kinder jedoch unter dem ausgedehnten Kontaktrecht leiden würden, führt sie nicht näher aus und ist vorliegend auch nicht ersichtlich.

E. 8.3

Nichtsdestotrotz sollten die Kinder auch die Möglichkeit haben, ein ganzes zusammenhängendes Wochenende mit der Gesuchstellerin verbringen zu können. Die Betreuung an einem Wochenende hat eine andere Qualität als unter der Woche. Grundsätzlich sind Samstage und Sonntage arbeits- und schulfreie Tage, weshalb diese nicht ohne weiteres mit einem Werktag verglichen werden können. Spätestens nach der Einschulung verbleibt praktisch nur noch das Wochenende

- 25 - für ausgedehnte Freizeitaktivitäten und Ausflüge. Zudem ist das wöchentliche Hin- und Her-Reisen zwischen den Wohnorten der Eltern sowie die jeweilige Umstellung bzw. Umgewöhnung für Kinder im Vorschulalter relativ anstrengend und kann diese zuweilen auch überfordern. Somit kommt es auch den Kindern zugute, wenn sie zumindest an einem ganzen Wochenende im Monat bei der Gesuchstellerin und somit in ihrem gewohnten Umfeld verbleiben können. Nach dem Gesagten ist der Berufungsantrag Ziffer 2 (Urk. 64 S. 2) der Gesuchstellerin gutzuheissen und das Besuchsrecht des Gesuchsgegners ist wie folgt anzupassen: Der Gesuchsgegner ist berechtigt und verpflichtet, die Töchter C. _____ und D. _____ am ersten und dritten Wochenende jeden Monats von Freitagabend 17:00 Uhr bis Sonntagabend 17:00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen und zusätzlich jeweils am zweiten Wochenende jeden Monats alternierend entweder von Freitagabend 17:00 Uhr bis Samstagabend 17:00 Uhr (gerade Kalendermonate) oder am Sonntag von 10:00 Uhr bis abends um 19:00 Uhr (ungerade Kalendermonate). Bei dieser Regelung verbleibt den Kindern jeweils das gesamte vierte Wochenende im Monat mit der Gesuchstellerin, was den vorstehenden Erwägungen sowie dem Kindeswohl entspricht. B. Unterhaltsbeiträge 1. Die Vorinstanz hat ihre Unterhaltsberechnung in diverse Phasen aufgeteilt. Bedingt durch die Arbeitslosigkeit des Gesuchsgegners, die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit sowie einen Stellenwechsel variiere das Einkommen von Juni bis November 2016 Monat für Monat. Dazu kämen Anpassungen der berufsbedingten Auslagen. Deshalb erscheine es angemessen, die Berechnung der Unterhaltsbeiträge in die folgenden Phasen aufzuteilen: Juni 2016, Juli 2016, August 2016, September 2016, Oktober 2016, November 2016, Dezember 2016, Januar 2017 bis März 2017 und ab April 2017 (Urk. 65 S. 22). Bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge ging die Vorinstanz bei der Gesuchstellerin zusammen mit den Kindern von einem Grundbedarf von Fr. 3'924.– und

beim Gesuchsgegner von einem solchen von Fr. 3'224.– aus (Urk. 65 S. 25 f. und S. 28). Je nach Phase passte die Vorinstanz sodann die vorgenannten Beträge jeweils nach unten bzw. oben an (Urk. 65 S. 31-37). Auch die Einkommen der Parteien berechnete die

- 26 - Vorinstanz für jede Phase gesondert (Urk. 65 S. 22-25 und S. 31-37). Schliesslich legte die Vorinstanz nach umfangreichen Berechnungen folgende Unterhaltsbeiträge für die die beiden Töchter fest (Urk. 65 S. 45 f. Dispositivziffer 7; jeweils zuzüglich allfälliger Familienzulagen): – Fr. 335.– pro Kind für den Monat Juni 2016; – Fr. 730.– pro Kind für den Monat Juli 2016; – Fr. 983.– pro Kind für den Monat August 2016; – Fr. 870.– pro Kind für den Monat September 2016; – Fr. 1'000.– pro Kind ab 1. Oktober 2016. Mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners wurden der Gesuchstellerin für die Monate Juni, Juli, August und September 2016 keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zugesprochen (Urk. 65 S. 46 Dispositivziffer 8). Ab Oktober 2016 wurde der Gesuchsgegner sodann zu folgenden Unterhaltsleistungen an die Gesuchstellerin persönlich verpflichtet (Urk. 65 S. 46 Dispositivziffer 9): – Fr. 236.– für den Monat Oktober 2016; – Fr. 260.– für den Monat November 2016; – Fr. 177.– für den Monat Dezember 2016; – Fr. 54.– für Januar bis März 2017 und – Fr. 154.– ab 1. April 2017. 2. Berufungsweise beanstandet die Gesuchstellerin, dass dem Gesuchsgegner in Anbetracht der äusserst knappen finanziellen Verhältnisse zusätzliche Spesen für auswärtige Verpflegung im Betrag von Fr. 110.– im Juni [recte: Oktober] 2016 und ab November 2016 von Fr. 220.– angerechnet worden seien, während sie aus finanziellen Gründen auf die Aufnahme einer solchen Position verzichtet habe. Zudem rügt sie, dass dem Gesuchsgegner ab November [recte: Dezember] 2016 in seinem Bedarf für die Bestreitung des Arbeitsweges Fahrzeugkosten in der Höhe von Fr. 167.– aufgenommen worden seien, obwohl sich sein Arbeitsort in einer Distanz befinde, die er ohne weiteres mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zurücklegen könne (Urk. 64 S. 4). Der Gesuchsgegner seinerseits rügt vor Obergericht die Einkommensberechnung der Vorinstanz in Bezug auf den Lohn der Gesuchstellerin. Einerseits habe die Vorinstanz in diesem Zusammenhang die Privatbezüge der Gesuchstellerin nicht berücksichtigt und andererseits müssten

- 27 - die geleisteten Überstunden zum Einkommen angerechnet werden. Zudem würden sich die Fremdbetreuungskosten für C._____ spätestens nach dem Eintritt in den Kindergarten im September 2017 auf Fr. 392.– pro Monat reduzieren (Urk. 73 S. 2). 3. Auswärtige Verpflegung

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