

ZH_OBERGERICHT LE170024 vom 12. Dezember 2017

ZH Obergericht, 2017-12-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170024

FR: ZH_OBERGERICHT LE170024 du 12 décembre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LE170024 del 12 dicembre 2017

Erwägungen

E. 1

Die Parteien heirateten 2007 in ... [Afrikanischer Staat]. Sie sind mithin seit rund 10 Jahren verheiratet und Eltern der beiden gemeinsamen Kinder C._____,

- 9 - geboren am tt.mm.2008, und D._____, geboren am tt.mm.2012. Seit August 2015 leben sie getrennt.

E. 2

Mit Eingabe vom 2. September 2015 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan: Gesuchstellerin) beim Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich (fortan: Vorinstanz) ein Eheschutzgesuch ein (Urk. 1). Betreffend den erstinstanzlichen Prozessverlauf kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 87 S. 4 ff.). Am 22. Dezember 2016 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Endentscheid (Urk. 78) und stellte den Parteien den begründeten Entscheid Mitte April 2017 zu (Urk. 85/1-2).

E. 2.1

Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren die Zuteilung der Obhut für die beiden Kinder, der Umfang der Betreuungsanteile sowie die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge.

- 50 -

E. 2.2

Nach ständiger Praxis sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf die Kinderbelange unabhängig vom Ausgang des Verfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragsstellung hatten. Vorliegend besteht keine Veranlassung, von dieser Praxis abzuweichen, so dass die Verfahrenskosten bezüglich der Kinderbelange den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen sind. Mit Bezug auf die Unterhaltsbeiträge verlangte die Gesuchstellerin ausgehend von einer Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von vier Jahren ab Aufnahme des Getrenntlebens die Festsetzung eines Unterhaltsanspruchs von insgesamt Fr. 38'752.10 (Ehegattenunterhaltsbeiträge: 4 x Fr. 470.- + 1 x Fr. 2'715.40 + 3 x 865.50 + 4 x Fr. 39.- + 5 x 319.- + 8 x 576.50; Kinderunterhaltsbeiträge: 21 x Fr. 1'200.-). Der Gesuchsgegner verlangt die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids, mithin Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 112'460.- (4 x Fr. 1'820.- + 1 x Fr. 2'320.- + 3 x Fr. 930.- + 4 x Fr. 290.- + 5 x Fr. 570.- + 8 x Fr. 560.- + 23 x Fr. 500.-; Kinderunterhaltsbeiträge inkl. Kinderzulagen: 44 x 1'820.-). Im Ergebnis beträgt die Unterhaltspflicht der Gesuchstellerin über eine mutmassliche Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von vier Jahren insgesamt Fr. 95'545.-

(Ehegattenunterhaltsbeiträge: 4 x Fr. 1'820.– + 1 x Fr. 2'715.– + 3 x Fr. 930.– + 4 x Fr. 290.– + 5 x Fr. 570.–; Kinderunterhaltsbeiträge: 44 x Fr. 620.– + 13 x Fr. 620.– + 8 x Fr. 1'840.– + 9 x Fr. 1'500.– + 14 x Fr. 1'085.–). Damit unterliegt die Gesuchstellerin mit Bezug auf die Frage der Unterhaltsbeiträge zu rund 80 %. Gesamthaft betrachtet unterliegt die Gesuchstellerin damit zu 60 %, sind doch die Regelung der Kinderbelange mit 60 % und diejenigen der Unterhaltsbeiträge mit 40 % zu gewichten. Dementsprechend ist die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren der Gesuchstellerin im Umfang von Fr. 2'400.– und dem Gesuchsgegner im Umfang von Fr. 1'600.– aufzuerlegen.

E. 2.3

Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht nach den Tarifen im Sinne von Art. 96 ZPO eine Parteientschädigung zu und verlegt diese ebenfalls in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Die für die Festsetzung der Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV). Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 und § 13 Abs. 1 und 2 der Anw-

- 51 - GebV auf Fr. 5'000.– festzusetzen. In Anbetracht des Verfahrensausgangs ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine reduzierte Parteientschädigung von 20 % in der Höhe von Fr. 1'000.– (ohne MwSt., Urk. 101 S. 1) zu bezahlen. Es wird beschlossen:

E. 3

Dagegen erhob die Gesuchstellerin am 26. April 2017 Berufung und stellte die eingangs genannten Anträge (Urk. 86 S. 2 f.). Zeitgleich stellte sie ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 86 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 4. Mai 2017 wurde dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan: Gesuchsgegner) Frist angesetzt (Urk. 91), um zum Gesuch der Gesuchstellerin um aufschiebende Wirkung Stellung zu nehmen, welche Stellungnahme dieser am 18. Mai 2017 erstattete (Urk. 92). Mit Eingabe vom 19. Mai 2017 reichte die Gesuchstellerin eine Noveneingabe als Ergänzung ihrer Berufung ins Recht (Urk. 95 f.; dem Gesuchsgegner am 30. Juni 2017 zugestellt, Urk. 100). Am 22. Juni 2017 entschied die Kammerpräsidentin hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung wie folgt (Urk. 97 Dispositivziffern 1 und 2): "1. Der Berufung der Gesuchstellerin wird in Bezug auf Dispositivziffer 2 Absätze 2 und 3 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 22. Dezember 2016 die aufschiebende Wirkung erteilt. Der Gesuchsgegner ist daher berechtigt und verpflichtet, die Kinder jede Woche ab Donnerstag, 11.00 Uhr bzw. nach Schulschluss des Sohnes C._____ und nach Spielgruppenschluss (bzw. Kindergartenschluss) der Tochter D._____, bis am Samstag, 17.00 Uhr auf eigene Kosten zu betreuen. 2. In Bezug auf die Dispositivziffer 2 Absätze 1 und 4 und die Dispositivziffern 5, 7 und 8 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 22. Dezember 2016 wird auf den Antrag der Gesuchstellerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht eingetreten."

- 10 - Mit Verfügung vom 30. Juni 2017 wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt zur Beantwortung der Berufung. Gleichzeitig wurde er aufgefordert, sich innert Frist zur ergänzenden Noveneingabe der Gesuchstellerin zu äussern (Urk. 100). Die Berufungsantwort datiert vom 17. Juli 2017 (Urk. 101; der Gesuchstellerin mit Verfügung

vom 19. Juli 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt, Urk. 104). Die Gesuchstellerin liess sich innert Frist nicht mehr vernehmen. Das Berufungsverfahren erweist sich als spruchreif. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (Urk. 1- 85).

E. 3.1

Hinsichtlich der beim Entscheid über die Anordnung einer alternierenden Obhut relevanten Beurteilungskriterien kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 87 E. II.C.9.). Insbesondere ist hervorzuheben, dass der Begriff der Obhut unter dem seit 1. Juli 2014 geltenden neuen Recht eine reduzierte Bedeutung erhalten hat. Er schliesst das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht mehr mit ein. Dieses ist nun Teil der elterlichen Sorge. Soweit die Begriffsbestimmung überhaupt klar ist, beschreibt die Obhut im neuen Recht lediglich noch einen faktischen Zustand. Wie die alltägliche Pflege und Erziehung des Kindes praktiziert wird, ergibt sich in erster Linie aus der Ausgestaltung der Betreuung oder des persönlichen Verkehrs. Anhand der konkreten Lebensrealität sind auch allfällige Rechtsfragen zu beantworten, die an den Begriff der Obhut anknüpfen (FamKomm Scheidung - Bächler/Clausen, Art. 133 N 7).

E. 3.2

Vorliegend sind beide Parteien als erziehungsfähig zu erachten. Sie pflegen beide einen persönlich-emotionalen Kontakt zu ihren Kindern. Weder aus den Akten noch aus den Vorbringen der Gesuchstellerin ergeben sich handfeste Hinweise dafür, dass der Gesuchsgegner grundlegend nicht in der Lage wäre, seine Kinder angemessen zu fördern, unterstützen und eine gesunde Beziehung zu ihnen zu pflegen. Der Umstand, dass der Gesuchsgegner gemäss Vorbringen der Gesuchstellerin nicht immer vollkommen verlässlich sein soll, wenn es um das Einhalten von Abholzeiten sowie die Wahrnehmung von Terminen, die Leerung der Znü nibö xli oder die Durchsicht der Kinderpost geht, kann für sich allein genommen jedenfalls nicht genügen, seine Erziehungsfähigkeit in Frage zu stellen. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, liegen keine Hinweise darüber vor, dass der Gesuchsgegner sich gegenüber den Kindern jemals grob vernachlässigend verhalten oder diese einer ernstlichen Gefahr ausgesetzt hätte. Auch die Gesuchstellerin konnte nicht darlegen, dass die gemeinsame Betreuung, wie sie nun seit dem Entscheid der Vorinstanz betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 24. Mai 2016 gelebt wird, für die Kinder in irgendeiner Weise schädlich gewesen wäre

- 22 - oder zu schwerwiegenden Zwischenfällen geführt hätte (Urk. 87 S. 20). Etwas anderes ergibt sich denn auch aus den im Recht liegenden Berichten der involvierten Fachpersonen und -stellen nicht (Urk. 14/39-40, 40, 42 Urk. 46/4). Soweit die Gesuchstellerin insbesondere auf den Abklärungsbericht des Sozialzentrums K._____ vom 21. Dezember 2015 Bezug nimmt (Urk. 86 S. 12), wonach der Gesuchsgegner die Kinder für seine Bedürfnisse instrumentalisiert und nicht in der Lage sei, das Wohl der Kinder über seine persönlichen Bedürfnisse zu stellen bzw. einen regelmässigen Kontakt zu ihren Hauptbezugspersonen zu gewährleisten (Urk. 39), ist dieses Schreiben vor dem Hintergrund zu verstehen, dass der Gesuchsgegner nur kurze Zeit nach der Trennung der Parteien die Kinder im Dezember 2015 für rund zehn Tage der Gesuchstellerin vorenthalten hatte (Prot. I S. 32, Urk. 54 S. 7), welche Situation sich jedoch nach kurzer Zeit wieder beruhigt hatte und sich seither offenbar auch nicht wiederholt hat. Dem Bericht des Kinderspitals Zürich vom 12. Februar 2016 ist zu entnehmen, dass die wöchentlich wechselnde Betreuung eine Herausforderung für die Kinder darstelle und die Zu-

sammenarbeit zwischen den Eltern und den involvierten Fachpersonen seitens der Schule, Behörden und weiterer Stellen zentral sei (Urk. 46/4 S. 4 f.). Dass einer der beiden Elternteile diese nicht gewährleisten könnte, ergibt sich daraus hingegen nicht. Im Gegenteil ergibt sich aus der Einschätzung der zuständigen Beiständin N. _____ vom 3. November 2016, dass die Parteien die gemäss vorinstanzlichem Massnahmenentscheid (Urk. 54) angeordnete Betreuungsregelung gut umsetzen würden, was ihr gegenüber von beiden Parteien bestätigt worden sei. Es scheine, als werde den Eltern langsam bewusst, dass sie unabhängig von der Trennung weiterhin Eltern sein werden, jeder mit verschiedenen Aufgaben, Haltungen und Ansichten, auch wenn diesbezüglich die gegenseitige Akzeptanz nicht immer leicht falle (Urk. 65 S. 3). Auch wenn der Gesuchsgegner nicht ganz so verlässlich wie die Gesuchstellerin sein mag bzw. stärker auf konkrete Handlungsanweisungen angewiesen zu sein scheint als die Gesuchstellerin (Urk. 65 S. 2), anerkennt sie die Wichtigkeit des Vaters für die Kinder (Urk. 86 S. 9 f.). Jedenfalls scheint selbst die Gesuchstellerin davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner als Betreuer der Kinder nicht grundsätzlich ungeeignet ist, hält sie doch am bisher festgelegten Betreuungskonzept fest und wehrt sich mit der Beru-

- 23 - fung einzig dagegen, dass der Gesuchsteller die Kinder bereits ab Mittwoch und nicht erst ab Donnerstag betreut. Daneben bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass eine der Parteien keinen angezeigten Umgang mit Dritten - beispielsweise Behörden oder Kinderbetreuungseinrichtungen - pflegt. Soweit die Gesuchstellerin moniert, der Gesuchsgegner würde die Termine bei Familienpsychologin J. _____ nicht wahrnehmen, wird dies vom Gesuchsgegner bestritten. Dass sich aber offenbar beide Parteien um die Wahrnehmung einer familientherapeutischen Begleitung bemühen bzw. deren Wichtigkeit grundsätzlich anerkennen, spricht ebenfalls für deren Erziehungsfähigkeit.

E. 3.3

Die Parteien scheinen ausreichend in der Lage, in Kinderbelangen regelmässig miteinander zu kommunizieren und im Hinblick auf die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zu kooperieren (Urk. 65 S. 3). So scheint auch die Vereinbarung von abweichenden Betreuungsterminen ohne Weiteres möglich zu sein (Urk. 66/1). Auch wenn die Beziehung der Parteien sicherlich nach wie vor nicht einfach ist und sie mit Blick auf den unterschiedlichen kulturellen Hintergrund und die erhöhten Anforderungen mit Bezug auf die Betreuung von C. _____ immer wieder Grundsätzliches zu klären haben, wobei sie auf gegenseitige Toleranz und Akzeptanz angewiesen sind, erscheint ihr Verhältnis nicht als feindselig. Wie bereits die Vorinstanz festgestellt hat, liegen die Wohnorte der Parteien verhältnismässig weit auseinander, aber noch im selben Schulkreis (Urk. 87 S. 23 f.). Die Kooperationsfähigkeit der Eltern erscheint auch vor diesem Hintergrund als ausreichend, geht C. _____ doch bereits seit längerem ausserhalb des Schulkreises in P. _____ zur Schule. Mit fortschreitendem Zeitablauf und Festigung der Trennung ist ausserdem davon auszugehen, dass sich die Kooperation der Parteien zusätzlich verbessern wird und sie in Kinderbelangen reibungslos zusammenarbeiten können.

E. 3.4

Betreffend die Stabilität der Verhältnisse ist zentral, dass die Kinder nunmehr seit rund eineinhalb Jahren alternierend betreut werden, und zwar jeweils von Donnerstag nach Kindergarten-/Schulschluss bis Samstagabend vom Gesuchsgegner und während der restlichen Zeit von der Gesuchstellerin (Urk. 54 und Urk. 97). Beide Parteien haben die

Möglichkeit, ihre Kinder zu ungefähr glei-

- 24 - chen Teilen persönlich zu betreuen, der Gesuchsgegner dank seiner reduzierten Erwerbstätigkeit und die Gesuchstellerin dank der tatkräftigen Unterstützung durch ihre Mutter. Nach dem Gesagten ist die Anordnung der alternierenden Obhut mit Blick auf die konkreten Umstände möglich und mit dem Kindeswohl vereinbar. Die Obhut für die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2008, und D._____, geboren am tt.mm.2012, ist daher beiden Parteien mit wechselnder Betreuung zu übertragen. Allerdings ist bei der konkreten Ausgestaltung der Betreuungsanteile zu beachten, dass der Gesuchsgegner – wie er selbst einräumt (Urk. 101 S. 4) – mit Blick auf die sprachliche Integration nach wie vor Defizite aufweist und es während des Zusammenlebens der Parteien überwiegend die Gesuchstellerin war, welche sich um die administrativen Belange kümmerte. Damit erscheint es aufgrund der Unterstützung der Kinder durch die Gesuchstellerin im schulischen Alltag und bei Hausaufgaben sinnvoll, wenn der Gesuchsgegner diese erst ab Donnerstag nach Schul- bzw. Kindergartenschluss betreut. Dies muss auch mit Blick auf den Umstand gelten, dass es in der Vergangenheit offenbar zu Problemen mit dem Schultransport von C._____ gekommen ist (Urk. 86 S. 8; Urk. 89/1; Urk. 101 S. 10) und die Gesuchstellerin diesbezüglich verlässlicher scheint als der Gesuchsgegner. Hinzu kommt, dass die Regelung, wonach der Gesuchsgegner die Kinder ab Donnerstag nach Kindergarten-/Schulschluss bis Samstagabend betreut, wie dargelegt nunmehr seit rund eineinhalb Jahren gelebt wird und zu funktionieren scheint, weshalb diese für die Kinder Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse gewährleistet. Soweit der Gesuchsgegner eine Ausdehnung des Betreuungsrechts bis Sonntagabend verlangt, ist festzuhalten, dass diesfalls die Gesuchstellerin die Kinder jeweils nur unter der Woche von Sonntagabend bis Donnerstag betreuen könnte und ihr kein Wochenendtag mit den Kindern zur Verfügung stünde, was nicht sachgerecht erscheint. So sollen beide Eltern am Wochenende die Möglichkeit haben, ihre Freizeit mit den Kindern zu gestalten. Damit ist der vorinstanzliche Entscheid dahingehend anzupassen, als die Gesuchstellerin für berechtigt und verpflichtet zu erklären ist, die Kinder wöchentlich von Samstag, 19.00 Uhr, bis am darauffolgenden Donnerstag bis zum Schul-/Kindergartenbeginn der Kinder auf eigene Kosten zu betreuen. Der Gesuchsgegner seinerseits ist für berechtigt und verpflichtet zu erklären, die Kin-

- 25 - der ab Donnerstag nach Schul-/Kindergartenschluss der Kinder bis Samstagabend, 19.00 Uhr, auf eigene Kosten zu betreuen. Im Übrigen blieb die vorinstanzliche Betreuungsregelung unangefochten und ist insbesondere mit Bezug auf die von der Vorinstanz getroffene Feiertags- und Ferienregelung zu bestätigen. 4. Bei alternierender Obhut befindet sich der Wohnsitz der Kinder an deren Aufenthaltsort. Weil diese Regelung Unklarheiten schafft, wird in der Lehre empfohlen, den Wohnsitz bei alternierender Obhut festzulegen. Aufgrund der oben festgelegten Betreuungsanteile ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz der Wohnort der Gesuchstellerin als Wohnsitz für die Kinder zu bestimmen. Dies wurde vom Gesuchsgegner denn auch nicht in Frage gestellt (Urk. 101 S. 3). B. Unterhaltsbeiträge 1. Die Vorinstanz verpflichtete die Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. Dezember 2015 für die Dauer des Getrenntlebens zur Leistung von monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen für die beiden Kinder C._____ und D._____ von je Fr. 910.– pro Kind (inkl. Familienzulagen; Urk. 87 S. 66) und zu Ehegattenunterhaltsbeiträgen an den Gesuchsgegner wie folgt (Urk. 87 S. 66 f.): - Fr. 1'820.– ab 19. August bis November 2015; - Fr. 2'320.– für Dezember 2015; - Fr. 930.– für Januar bis März 2016; - Fr. 290.– für April bis Juli 2016; - Fr. 570.– für August bis Dezember 2016; - Fr. 560.– für Januar bis August

2017; - Fr. 500.– ab September 2017 für die weitere Dauer des Getrenntlebens. 2. Die Gesuchstellerin beantragt mit der Berufung, es seien die Kinderunterhaltsbeiträge auf monatlich Fr. 600.– zu reduzieren (Urk. 86 S. 2). Ausserdem sei sie zu persönlichen Unterhaltsbeiträgen an den Gesuchsgegner wie folgt zu verpflichten (Urk. 86 S. 2): - Fr. 470.00 ab 19. August bis November 2015;

- 26 - - Fr. 2'715.40 für Dezember 2015; - Fr. 865.50 für Januar bis März 2016; - Fr. 39.00 für April bis Juli 2016; - Fr. 319.00 für August bis Dezember 2016; - Fr. 576.50 für Januar bis August 2017. 3. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, unter welchen Voraussetzungen im Eheschutzverfahren Unterhaltsbeiträge geschuldet und wie diese zu berechnen sind. Es kann darauf verwiesen werden (Urk. 87 S. 30 ff.). Sie hat den Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin nach der zweistufigen Methode (Berechnung des Grundbedarfs mit Überschussbeteiligung) berechnet. Diese Methode ist den vorliegenden finanziellen Verhältnissen angemessen und wurde im Berufungsverfahren auch nicht beanstandet. 4. Einkommen der Gesuchstellerin

E. 4

Thema des Berufungsverfahrens bilden damit die Zuteilung der Obhut über die beiden gemeinsamen Kinder, das Besuchsrecht bzw. der Umfang der Betreuungsanteile sowie die Höhe der von der Gesuchstellerin an den Gesuchsgegner zu leistenden Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge.

E. 4.1

Die Vorinstanz hielt fest, dass die Gesuchstellerin als Pflegefachfrau im Q.____-Spital in R.____ arbeite, ursprünglich im Umfang eines 100 %- Pensums. Per 1. Januar 2016 habe sie ihr Arbeitspensum auf 80 % reduziert. Per 1. August 2016 sei es unbestrittenermassen zu einer Änderungskündigung gekommen (Urk. 87 S. 34). Die Vorinstanz ging von folgendem Einkommen der Gesuchstellerin aus (Urk. 7 S. 35 ff.): - Fr. 9'600.– (inkl. Kinderzulagen) für das Jahr 2015; - Fr. 7'770.– (inkl. Kinderzulagen) von Januar 2016 bis Juli 2016; - Fr. 8'050.– (inkl. Kinderzulagen) ab August 2016.

E. 4.2

Die vorinstanzliche Berechnung des Einkommens wurde weder von der Gesuchstellerin (Urk. 86 S. 12 ff.) noch vom Gesuchsgegner (Urk. 101 S. 12) beanstandet. Die Gesuchstellerin bringt im Wesentlichen vor, dass ihr eine 80 %ige Erwerbstätigkeit und gleichzeitig mindestens hälftige Kinderbetreuung nicht zumutbar sei (Urk. 86 S. 12). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass dies von den Parteien während mehrerer Jahre so gelebt wurde und die Parteien seit der Geburt des Sohnes C.____ auf die Unterstützung der Grossmutter mütterlicherseits zählen konnten (Prot. I S. 27). Es ist davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin

- 27 - auch weiterhin mit der Unterstützung ihrer Mutter rechnen kann, so dass für sie ein 80 %iges Arbeitspensum und eine überwiegende Kinderbetreuung bewältigbar ist. Entsprechend werden in ihrem Bedarf auch Fremdbetreuungskosten berücksichtigt (vgl. nachfolgend E. III.B.6.2.2.). Sofern die Gesuchstellerin dereinst nicht mehr durch ihre Mutter unterstützt würde bzw. eine Fremdbetreuung der Kinder nicht länger garantiert wäre, sind die entsprechenden Beurteilungsfaktoren heute unbekannt und ist die Gesuchstellerin daher auf das Abänderungsverfahren zu verweisen.

E. 4.3

Der Gesuchsgegner macht geltend, dass es mit Blick auf die Erwerbschancen der Eheleute und die bis zur Trennung gelebte Rollenteilung im Interesse der Gesamtfamilie und damit auch der Kinder sinnvoller sei, wenn die gut qualifizierte Gesuchstellerin einer Vollzeitwerbstätigkeit nachgehe (Urk. 101 S. 12). Die Vorinstanz hat diesbezüglich zutreffend festgehalten, dass eine Aufstockung des Arbeitspensums auf mehr als 80 % der Gesuchstellerin nicht zumutbar sei. Zum einen sei davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner die Reduktion der Gesuchstellerin per 1. Januar 2016 akzeptiert habe, nachdem sich die Parteien im Dezember 2015 auf eine hälftige Kinderbetreuung geeinigt hätten. Andernfalls hätte die aussergerichtliche Betreuungsvereinbarung dazu geführt, dass die Mutter der Gesuchstellerin die Kinder noch mehr hätte fremdbetreuen müssen, obwohl aktenkundig sei, dass der Gesuchsgegner sich gegen eine Mehrbetreuung der Kinder durch die Mutter der Gesuchstellerin ausspreche. Zum anderen entspreche ein Arbeitspensum von 80 % dem Kindeswohl, da der Gesuchstellerin mehr Zeit mit ihren Kindern zur Verfügung stehe (Urk. 87 S. 38). Indem der Gesuchsgegner sich nicht mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzt, genügt er den Begründungsanforderungen an die Berufung nicht (vgl. vorstehend E. II.3.). Ausserdem leistet die Gesuchstellerin mit einem 80 %-igen Arbeitspensum und der überwiegenden Kinderbetreuung bereits einen wesentlichen Beitrag im Interesse der Gesamtfamilie. Damit hat es beim von der Vorinstanz der Gesuchstellerin angerechneten Einkommen sein Bewenden.

- 28 - 5. Einkommen des Gesuchsgegners

E. 5

Neue Tatsachen können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden

- 13 - und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die in Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO genannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Das Berufungsverfahren dient nicht dazu, Versäumtes nachzubessern (Volkart, DIKE-Komm-ZPO, 1. Auflage, Art. 317 N 3). Unter diesem prozessualen Blickwinkel sind die von den Parteien im Berufungsverfahren aufgestellten Behauptungen und die ins Recht gereichten Unterlagen zu würdigen. 6.1. Gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO ordnet das Gericht wenn nötig die Vertretung der Kinder an und bezeichnet als Beiständin oder Beistand eine in fürsorglichen und rechtlichen Fragen erfahrene Person. Die Anordnung einer Kindsvertretung scheint dann notwendig, wenn im Prozess eine Schutz- bzw. Vertretungsbedürftigkeit des Kindes und dadurch eine Gefährdung des Kindes besteht, was bei einem Interessenkonflikt zwischen dem Kind und einem oder beiden Eltern oder bei einem Interessenkonflikt zwischen Kind und/oder Eltern einerseits und den Kinderschutzbehörden andererseits gegeben sein dürfte (ZK ZPO - Schweighauser, Art. 299 N 11). Das Gericht prüft eine Anordnung insbesondere, wenn die Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen (Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO). Gefordert ist ein objektiver Massstab. Die Kindsvertretung ist anzuordnen, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls sachlich geboten scheint (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 299 N 3). 6.2. Vorliegend stellen die Parteien zwar unter anderem unterschiedliche Anträge zur Zuteilung der Obhut. Diesem Begriff kommt aber unter neuem Recht nur noch eine beschränkte Bedeutung zu (vgl. nachfolgend E. III.A.3.1). Entscheidend ist vorliegend vielmehr – wie zu zeigen sein wird – die Frage, welche Partei die Kinder in welchem Umfang betreuen wird. Dabei wird die Erziehungsfähigkeit des

jeweils anderen Elternteils von den Parteien im Grundsatz anerkannt (vgl. nachfolgend E. III.A.3.2.). Damit dreht sich die entscheidende Frage aber letztlich um die prozentuale Aufteilung der Betreuung. Es sind "lediglich" die Modalitäten der Betreuung strittig (Betreuung durch den Gesuchsgegner von Mittwoch bis Samstag oder Donnerstag bis Samstag/Sonntag), was eine Kindsvertretung – insbe-

- 14 - sondere im jetzigen späten Verfahrensstadium und mit Blick auf die anzuordnende Betreuungsordnung (vgl. nachfolgend E. III.A.3.4) – nicht als notwendig erscheinen lässt. Der entsprechende Antrag der Gesuchstellerin ist deshalb abzuweisen (Urk. 86 S. 2), zumal man nach einer Begründung des Antrags um Einsetzung einer Kindsvertretung in der Berufung vergeblich sucht (vgl. vorstehend E. II.3.1.). 7.1. Weiter beantragt die Gesuchstellerin in ihrer Berufung vom 26. April 2017, es seien Berichte der für die Kinder zuständigen Fachpersonen einzuholen ebenso wie Berichte der Lehrpersonen des Kindergartens H._____ sowie ein Bericht der Familienpsychologin lic.phil. J._____ (Urk. 86 S. 2). Die Gesuchstellerin erachte es als grob fahrlässig, dass angesichts der bestehenden Diagnose des Kindes C._____ sowie angesichts des Umstandes, dass schon lange medizinische und psychologische Fachpersonen involviert seien, keine eingehenderen Abklärungen gemacht worden seien und die Vorinstanz schlicht darauf verzichtet habe, Berichte involvierter Fachpersonen einzuholen (Urk. 86 S. 5 f.). 7.2. Wie bereits die Vorinstanz feststellte, liegen bei den Akten diverse Berichte betreffend die beiden gemeinsamen Kinder C._____ und D._____ (Urk. 87 S. 18). Unter anderem finden sich in den Akten die Berichte des Kinderspitals, Universitätsklinik Zürich, vom 24. Juli 2014 (Urk. 14/39), vom 12. September 2014 (Urk. 14/40) und vom 12. Februar 2016 (Urk. 46/4 = Urk. 49/35). Weiter ist bei den Akten der Abklärungsbericht des Sozialzentrums K._____ vom 21. Dezember 2015 (Urk. 39 = Urk. 46/2), der Bericht der Sprachheilschule L._____ vom 18. Januar 2016 (Urk. 40 = Urk. 46/3), eine telefonische Stellungnahme von Frau M._____ von der Sprachheilschule L._____ vom 22. April 2016 (Urk. 42) sowie der Bericht der Beiständin N._____ vom 3. November 2016 (Urk. 65). Sodann wurden im Berufungsverfahren im Sinne echter Noven von den Parteien neu der Bericht des Schulgesundheitsdienstes der Stadt Zürich vom 5. April 2017 (Urk. 96) und der logopädische Bericht sowie der Schulbericht für das Schuljahr 2016/2017 der Privatschule O._____ vom 21. Februar 2017 und vom 24. März 2017 (Urk. 103/2-3) eingereicht. Die Vorinstanz hielt fest, dass sich aus den im Recht liegenden Berichten eine schwere zentrale Spracherwerbsstörung mit Ver-

- 15 - haltensauffälligkeiten und ein auffälliger Entwicklungsrückstand beim siebenjährigen Sohn C._____ ergebe, dessen Verhalten bei den Alltagskompetenzen und im sozialen Bereich von den Verantwortlichen der Sprachheilschule als dasjenige eines zwei- bis dreijährigen Kindes beschrieben werde. Ferner sei die Diagnose "Atypischer Autismus" gestellt worden. Auch bei seiner vierjährigen Schwester D._____ sei eine Verhaltensauffälligkeit vorhanden, mache sie doch beim Abholen ihres Bruders von der Sprachheilschule in unbeobachteten Momenten jeweils, was sie gerade wolle, werfe in den Gruppenräumen Gegenstände umher, räume Regale aus und bediene sich am "Zvieritisch" (Urk. 87 S. 18 f.). Soweit sich die Gesuchstellerin also in ihrer Berufung im Wesentlichen auf den Standpunkt stellt, die Erziehungsanforderungen seien erhöht, es würden sich erhöhte Anforderungen an die Bezugs- und Betreuungspersonen stellen und insbesondere C._____ sei auf Stabilität und eine klare Tagesstruktur angewiesen (Urk. 86 S. 5 ff.), ergibt sich dies ohne Weiteres aus den vorhandenen Akten (Urk. 14/40 S. 3; Urk. 39 S. 6; Urk.

103/2 S. 4). Insgesamt ergibt sich ein genügendes Bild der beiden Kinder. Hinzu kommt, dass die Gesuchstellerin im vorliegenden Berufungsverfahren lediglich dahingehend von der vorinstanzlichen Regelung abweichen will, als dass der Gesuchsgegner die Kinder einen Tag weniger pro Woche betreuen soll, als von der Vorinstanz vorgesehen. Inwiefern zur Festlegung der Betreuungsanteile eine weitergehende umfassende Abklärung bzw. das Einholen weiterer Berichte notwendig erscheint, legt die Gesuchstellerin dabei nicht dar. Sie unterlässt es konkret darzutun, welche Fachperson welche Fragen zu beantworten hätte und weshalb. Entsprechend ist der Antrag, es seien Berichte der für die Kinder zuständigen Fachpersonen einzuholen ebenso wie Berichte der Lehrpersonen im Kindergarten H._____ sowie bei der Familienpsychologin lic.phil J._____, abzuweisen.

E. 5.1

Bezüglich des Einkommens des Gesuchsgegners hielt die Vorinstanz fest, dass aus dem Auszug der SVA Zürich hervorgehe, dass der Gesuchsgegner zwischen Juli 2008 und März 2010 einer Arbeitstätigkeit nachgegangen sei, wobei er in diesem Zeitraum durchschnittlich einen Verdienst von rund Fr. 1'700.– erzielt habe, was in etwa einer 50 %-igen Anstellung entspreche. Anschliessend habe der Gesuchsgegner Arbeitslosenunterstützung erhalten, bis er ab Juli 2011 eine Vollzeitanstellung im ...-Spital Zürich angetreten habe. Seit Januar 2014 habe der Gesuchsgegner wieder Arbeitslosenunterstützung bezogen. Für die Zeit von Juli bis Dezember 2015 sei eine Anstellung bei der S._____ Wäscherei ausgewiesen. Seit Oktober 2015 werde der Gesuchsgegner gemäss eingereichtem Auszug des Sozialzentrums K._____ von den sozialen Diensten unterstützt. Gemäss den im Recht liegenden Schreiben der Sozialen Einrichtungen und Betriebe der Stadt Zürich vom 19. Mai 2016 bzw. 7. Oktober 2016 sei der Gesuchsgegner ab Mai 2016 zu Deutschkursen eingeladen worden. Ausserdem ergebe sich aus der Vereinbarung des Gesuchsgegners mit den Sozialen Einrichtungen und Betrieben der Stadt Zürich, dass er zwischen dem 15. August 2016 bis längstens dem 14. August 2017 im Umfang von 50 % im Spital ... an einem Einsatzprogramm teilnehme (Urk. 87 S. 39 f.). Die im Recht liegende Abrechnung der SVA bestätige, so die Vorinstanz weiter, dass der Gesuchsgegner seit der Geburt von C._____ 2008 tatsächlich einen Grossteil arbeitslos oder aber erwerbstätig mit verhältnismässig geringem Einkommen gewesen sei. Es sei ihm durchaus möglich und zumutbar, einer Erwerbstätigkeit im Umfang von 50 % nachzugehen. Zwar habe der Gesuchsgegner in der Schweiz keinen Beruf erlernt und sei nun seit einiger Zeit nicht mehr berufstätig. Weiter sei zu berücksichtigen, dass er bloss über Grundkenntnisse der deutschen Sprache verfüge. Dennoch sei der Gesuchsgegner zwei Jahre am ...-Spital einer Vollerwerbstätigkeit nachgegangen, mit welcher er durchschnittlich rund Fr. 4'320.– netto pro Monat verdient habe und welche mit dem Tätigkeitsbereich in Zusammenhang stehe, in welchem er momentan an einem Integrationsprogramm teilnehme. Nachdem er künftig unter der Woche die Kinder zu etwa 50 % betreuen werde, sei ihm ein Arbeitspensum von 50 % anzurechnen. Da der Gesuchsgegner bereits seit längerer Zeit nicht

- 29 - mehr im Erwerbsleben stehe und sein Arbeitsintegrationseinsatz per Mitte August 2017 ende, sei ihm eine Übergangsfrist bis 1. September 2017 zu gewähren, um eine Arbeitsstelle zu finden. Entsprechend sei ihm ab 1. September 2017 ein Einkommen von Fr. 2'160.– netto pro Monat inklusive Anteil 13. Monatslohn anzurechnen. Dieser Betrag entspreche der Hälfte des Einkommens, das er bei der Vollerwerbstätigkeit im ...-Spital Zürich erzielt habe (Urk. 87 S. 40 f.).

E. 5.2

Die Gesuchstellerin moniert, dass die Vorinstanz zu Unrecht annehme, die mangelnden Deutschkenntnisse des Gesuchsgegners seien zu berücksichtigen. Auch ihre Deutschkenntnisse seien alles andere als perfekt, dennoch habe sie eine gut bezahlte Stelle. Zudem gebe es Stellen, bei welchen das Beherrschen der deutschen Sprache nur beschränkt erforderlich sei, beispielsweise in Reinigungs- instituten, bei McDonald oder ähnlichen Tätigkeiten. Es ergebe sich aus den vom Gesuchsgegner spärlich eingereichten Unterlagen nicht, dass er sich ausreichend um eine Stelle bemühe. Eine von der Gesuchstellerin vermittelte Stelle habe er nicht erhalten, weil er nicht erschienen sei. Möglicherweise verhalte er sich auch sonst so, dass er nicht berücksichtigt werden könne. Diesem Vorgehen sei nicht länger Vorschub zu leisten, sondern es sei von einer Erwerbstätigkeit des Gesuchsgegners bereits vor September 2017 auszugehen (Urk. 86 S. 14). Soweit der Gesuchsgegner die Kinder antragsgemäss jeweils erst ab Donnerstag nach Schul- bzw. Kindergartenschluss betreue, sei er in der Lage, jeweils von Montag bis und mit Donnerstag zu arbeiten, mithin zu 80 %, was ein Erwerbseinkommen von Fr. 3'456.– ergebe. Die Kinder kämen nicht vor 15 bzw. 16 Uhr nach Hause und seien auch freitags nur teilweise zu Hause (Urk. 86 S. 15).

E. 5.3

Der Gesuchsgegner betont, dass er seit der Trennung die Kinder an zwei bis drei Tagen unter der Woche betreue und es kaum Teilzeitstellenangebote für Männer in ungelerner Stellung gebe, die mit der Kinderbetreuung vereinbar seien. Dass er nicht "zu faul" zum Arbeiten sei, zeige der Umstand, dass er seit der Trennung via Sozialamt aktenkundig an Deutschkursen und Einsatzprogrammen teilnehme und aktuell im Umfang eines 50 %-Pensums einen auf ein Jahr befristeten gemeinnützigen Einsatz im Spital ... absolviere. Eine feste und exis-

- 30 - tenzsichernde Anstellung habe er per dato unverschuldet nicht erlangen können (Urk. 101 S. 12 f.).

E. 5.4

Massgebend für die Beurteilung bzw. für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sind stets die konkreten Verhältnisse des Einzelfalls (BGer 5A_21/2012 vom 3. Mai 2012, E. 3.3.; Six, Eheschutz, 2. Aufl., Rz 2.158), zu denen neben der bisher gelebten Aufgabenverteilung, der zeitlichen Verfügbarkeit, dem Alter, der Ausbildung, der Berufserfahrung und der gesundheitlichen Verfassung insbesondere auch die aktuelle finanzielle Lage der Parteien gehört (Six, a.a.O., Rz 2.158). Es handelt sich um einen Ermessensentscheid im Sinne von Art. 4 ZGB, bei welchem dem Gericht ein weites Ermessen zukommt (BGE 134 III 577 E. 4.; BGer 5A_766/2012 und 5A_785/2012 vom 14. Februar 2013, E. 4.3.3.; BGer 5A_565/2015 vom 24. November 2015, E. 2.2.). Im Lichte der genannten Grundsätze ist die vorinstanzliche Auffassung, wonach es dem Gesuchsgegner grundsätzlich möglich und zumutbar sei, einer Erwerbstätigkeit im Rahmen eines Teilzeitpensums nachzugehen, nicht zu beanstanden. Was die im Berufungsverfahren neu geltend gemachte Teilnahme des Gesuchsgegners an einem auf ein Jahr befristeten, spätestens am 12. Juni 2018 endenden Einsatzprogramm im Spital ... anbelangt (Urk. 103/4), ist festzuhalten, dass er bereits vor Vorinstanz vorgebracht hatte, an einem vergleichbaren Programm im Spital ... teilzunehmen (Urk. 77). Entsprechend rechnete die Vorinstanz ihm erst für die Zeit nach Beendigung dieses Programms am 14. August 2017

ab September 2017 ein hypothetisches Einkommen an (Urk. 87 S. 41). Weshalb der Gesuchsgegner nach Erhalt des vorinstanzlichen Urteils im April 2017 (Urk. 85/2) Ende Juni 2017 mit der Stadt Zürich erneut eine Vereinbarung über einen Einsatz im Rahmen gemeinnütziger Arbeit abschloss, legt er in seiner Berufung nicht dar. Auch weist er nicht nach, dass er sich nach Erlass des vorinstanzlichen Urteils um eine Anstellung bemüht hätte. So unterlässt er es gänzlich, konkrete Suchbemühungen, geschweige denn Bewerbungen oder Absagen zu behaupten und zu dokumentieren. Wieso es ihm nicht möglich gewesen sein soll, sich per September 2017 um eine entsprechende 50 %ige Anstellung zu bemühen, lässt er unbegründet. Wenn er lediglich pauschal vorbringt, Arbeitsstellen, die für Männer geschaffen seien und in der Regel körperliche Arbeit erforderten, würden auf dem Arbeitsmarkt

- 31 - nicht in Teilzeitpensen existieren, so ist diese Behauptung unsubstantiiert. Auch erhellt nicht, inwiefern der Gesuchsgegner sich auf die Suche einer Arbeitsstelle beschränkt, die körperliche Arbeit erfordert. Jedenfalls ist nachvollziehbar, wenn die Gesuchstellerin moniert, der Gesuchsgegner bemühe sich nicht genügend um eine geeignete Arbeitsstelle. Es bleibt daher beim von der Vorinstanz angerechneten Einkommen im Umfang von netto Fr. 2'160.– pro Monat inklusive Anteil

E. 5.5

Die rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist problematisch, da einerseits die Anrechnung eines solchen ausser Betracht bleiben muss, wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt (BGE 128 III 4 E. 4a), und andererseits die Anrechnung unzulässige Eingriffe in das Existenzminimum nach sich ziehen kann. Sie ist in Ausnahmefällen aber vorgesehen, wenn dem Betroffenen ein unredliches Verhalten vorzuwerfen ist (BGer 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004, E. 4.3.). Der Gesuchsgegner musste ab Erhalt des vorinstanzlichen Entscheids vom 22. Dezember 2016 damit rechnen, dass ihm ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit im Rahmen eines Teilzeitpensums von 50 % angerechnet würde. Trotzdem wies er keine entsprechenden Suchbemühungen nach. Stattdessen lässt er unsubstantiiert vortragen, geeignete Arbeitsstellen würden auf dem Arbeitsmarkt nicht existieren. Dies verdient keinen Schutz. Indem der Gesuchsgegner sich trotz vorinstanzlichem Entscheid in der Folge weder um eine entsprechende Anstellung bemühte noch darlegte, weshalb ihm die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht möglich war bzw. er sich zur Unterzeichnung eines erneuten Einsatzprogramms im Rahmen gemeinnütziger Arbeit gezwungen sah, handelte er treuwidrig. Er hat es allein zu verantworten, dass er heute nicht über das ihm angerechnete hypothetische Einkommen verfügt. Dies darf sich nicht zu Lasten der Gesuchstellerin auswirken. Es ist deshalb der von der Vorinstanz festgelegte Zeitpunkt zu bestätigen, auch wenn er mittlerweile in der Vergangenheit liegt. Mithin ist dem Gesuchsgegner ab 1. September 2017 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 2'160.– netto im Monat anzurechnen.

- 32 -

E. 5.6

Wie dargelegt betreut der Gesuchsgegner die beiden Kinder jeweils ab Donnerstag nach Schul- bzw. Kindergartenschluss (vgl. vorstehend E. III.A.3.4.). Damit wird es ihm künftig möglich sein, Montag bis Mittwoch ganztags zu arbeiten und sein Arbeitspensum entsprechend auf ein 60 %-Pensum auszudehnen. Ein darüber hinausgehendes Arbeitspensum ist dem Gesuchsgegner – entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (Urk. 86

S. 15) – jedoch nicht zumutbar, liegt es doch im Interesse des Kindeswohls, dass der Gesuchsgegner sich am Donnerstag und Freitag vollumfänglich der Kinderbetreuung widmen und Zeit mit seinen Kindern verbringen kann, andernfalls auch er auf eine Fremdbetreuung der Kinder angewiesen wäre. Es ist widersprüchlich, wenn die Gesuchstellerin einerseits vorbringt, dem Gesuchsgegner sei ein 80 %-iges Arbeitspensum nebst Kinderbetreuung möglich und sie sich andererseits auf den Standpunkt stellt, die Bewältigung eines 80 %igen Arbeitspensums sei nur dank der Unterstützung ihrer Mutter machbar (Urk. 86 S. 13 ff.). Zur Ausdehnung des Pensums ist dem Gesuchsgegner erneut eine Übergangsfrist von fünf bis sechs Monaten einzuräumen, so dass ihm ab Juni 2018 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 2'600.– (inkl. Anteil

E. 8

Die Gesuchstellerin rügt implizit, es sei von der Vorinstanz keine Kinderanhörung durchgeführt worden (vgl. Urk. 86 S. 6). Weder beantragte sie die Anhörung der Kinder vor Vorinstanz, noch tut sie dies im Berufungsverfahren. Das Kind wird durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen (Art. 298 Abs. 1 ZPO). Im Sinne einer Richtlinie ist die Kinderan-

- 16 - hörung gemäss Bundesgericht grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich (BGE 131 III 553 E. 1). D._____ ist damit für eine Kinderanhörung noch zu jung. C._____ hingegen wäre alt genug. Allerdings scheint C._____ gestützt auf die Diagnose des "Atypischen Autismus" und den Einbezug diverser Fachpersonen belastet genug und soll durch eine gerichtliche Anhörung nicht noch zusätzlich belastet werden. Viel wichtiger scheint es, baldmöglichst eine definitive Betreuungsregelung zu installieren und damit für C._____ die mit dem Trennungsprozess seiner Eltern verbundenen Belastungen zu minimieren. Auch mit Blick auf die anzuordnende Betreuungsregelung (vgl. nachfolgend E. III.A.3.4.) erscheint eine Anhörung von C._____ nicht notwendig. Die Nachteile einer solchen überwiegen die daraus resultierenden möglichen zusätzlichen Erkenntnisse. III. A. Elterliche Obhut und Betreuungsanteile 1. Die Vorinstanz erwog, beide Parteien seien verunsichert, was die Betreuungsfähigkeit des jeweils anderen Elternteils betreffe. Die Gesuchstellerin bemängle die Laisser-faire-Mentalität des Gesuchsgegners, dieser wiederum die Tatsache, dass die Gesuchstellerin so viel arbeite und die Kinder praktisch nur von der bulgarischen Grossmutter betreuen lasse. Dennoch seien beide Parteien grundsätzlich daran interessiert, dass die Kinder einen gesunden Kontakt zu beiden Elternteilen pflegen könnten. Jedenfalls seien beide Parteien der Ansicht, dass einem mehr als minimalen Kontakt des jeweils anderen Elternteils nichts im Wege stehe, zumal die Gesuchstellerin ein Besuchsrecht des Gesuchsgegners von Donnerstag ab Kindergarten- bzw. Schulschluss bis Samstag um 17.00 Uhr bzw. der Gesuchsgegner ein Wochenendbesuchsrecht der Gesuchstellerin plus zusätzlich mindestens einen Tag unter der Woche mit Übernachtung und – sollte die Gesuchstellerin eine zusätzliche persönliche Betreuung unter der Woche gewährleisten können – sogar eine geteilte Obhut beantrage. Damit würden die Parteien zeigen, dass die Erziehungsfähigkeit des jeweils anderen Elternteils einem

- 17 - mehr als minimalen Kontakt nicht entgegenstehe (Urk. 87 S. 17 f.). Mit Entscheidung vom 24. Mai 2016 habe die Vorinstanz eine Betreuungsregelung im Verhältnis von ca. 60 % zu 40 % zugunsten der Gesuchstellerin festgelegt mit der Begründung, dass den damals dem Gericht vorliegenden aktenkundigen Berichten sowie den Aussagen der Parteien zu

entnehmen gewesen sei, dass der Gesuchsgegner mit der selbständigen Betreuung der Kinder in gewisser Hinsicht zunächst überfordert gewesen sei. Im Grundsatz hätten jedoch mittlerweile beide Parteien und der Bericht der Beiständin bestätigt, dass die gemeinsame Betreuung von den Parteien bis dato ohne grössere Schwierigkeiten gelebt worden sei. Wie sich dem Bericht der Beiständin entnehmen lasse, habe sich der Gesuchsgegner gut mit seiner neuen Betreuungsverantwortung eingelebt. Der Vorinstanz würden jedenfalls keine Hinweise darüber vorliegen, dass der Gesuchsgegner sich gegenüber den Kindern jemals grob vernachlässigend verhalten oder diese einer ernstlichen Gefahr ausgesetzt hätte. Auch die Gesuchstellerin habe nicht darlegen können, dass die gemeinsame Betreuung, wie sie seit dem Entscheid vom 24. Mai 2016 gelebt worden sei, für die Kinder in irgendeiner Weise schädlich gewesen sei oder zu grösseren Zwischenfällen geführt habe. Im Gegenteil scheine auch sie nicht ernsthaft davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner als Betreuer der Kinder gänzlich ungeeignet sei, halte sie doch gerade am durch die Vorinstanz vorsorglich angeordneten Betreuungskonzept im Verhältnis 60 % zu 40 % fest. Auch aus dem Bericht der Beiständin vom 3. November 2016 ergebe sich nichts, was auf eine Betreuungsunfähigkeit einer der Parteien hindeuten würde. Daher sei von der grundsätzlichen Eignung beider Parteien – unter Vorbehalt der Unterstützung durch verschiedene Fach- und Lehrpersonen – zur Betreuung der gemeinsamen Kinder auszugehen (Urk. 87 S. 20). Die Vorinstanz kam damit zum Schluss, dass, nachdem eine fast hälftige Betreuungsregelung nunmehr während Monaten gelebt worden sei, der Ausdehnung der vorsorglich angeordneten Betreuungszeiten keine Gründe entgegenstehen würden und dies dem Kindeswohl entspreche, weshalb die bisher gelebte Aufteilung in dem Sinne anzupassen sei, dass die Parteien die Betreuungszeiten annähernd hälftig übernehmen sollen (Urk. 87 S. 21). Obwohl die Kommunikation und Kooperation der Parteien teilweise noch zu wünschen übrig lasse, gebe es deutliche Anzeichen, dass sich die Kooperation unter

- 18 - den Parteien verbessert habe. Ausserdem sei eine Beistandschaft installiert und die Beiständin damit beauftragt, mit den Parteien bei Streitigkeiten betreffend die Kinder Lösungen zu finden (Urk. 87 S. 24). Es sei somit für die Kinder C._____ und D._____ die geteilte Obhut beider Parteien mit wechselnder Betreuung anzuordnen (Urk. 87 S. 25).

E. 13

Monatslohn) anzurechnen ist. 6. Bedarf der Parteien und Unterhaltsberechnung 6.1. Die Vorinstanz berechnete den Bedarf der Parteien nach der zweistufigen Methode. Es sind dabei die folgenden Phasen zu unterscheiden (Urk. 87 S. 41 ff.; vgl. vorstehend E. III.B.5.6.): Phase I: 19.08.2015 - 30.11.2015 (Auszug Gesuchsgegner, alleinige Obhut Gesuchsgegnerin) Phase II: 01.12.2015 - 31.12.2015 (Rückkehr Gesuchsgegner in eheliche Wohnung, Auszug Gesuchstellerin, geteilte Obhut) Phase III: 01.01.2016 - 31.03.2016 (neue KK-Prämien, geringeres Arbeitspensum Gesuchstellerin) Phase IV: 01.04.2016 - 31.07.2016 (höherer Mietzins Gesuchstellerin)

- 33 - Phase V: 01.08.2016 - 31.12.2016 (Berücksichtigung Hausrat-/Haftpflichtversicherung beim Gesuchsgegner) Phase VI: 01.01.2017 - 31.08.2017 (neue KK-Prämien) Phase VII: 01.09.2017 - 31.05.2018 (Anrechnung hypothetisches Einkommen Gesuchsgegner) Phase VIII: ab 01.06.2018 (Ausdehnung Arbeitspensum Gesuchsgegner) 6.2. Phase I (19. August bis 30. November 2015) 6.2.1. Betreffend ihren Grundbetrag beanstandet die Gesuchstellerin vorab mit Bezug auf alle Phasen, dass die Vorinstanz nicht ihre Mutter als Angestellte qualifizieren und gleichzeitig aber den Grundbetrag der

Gesuchstellerin reduzieren könne, weil sie mit einer erwachsenen Person im gleichen Haushalt wohne (Urk. 86 S. 15). Wie die Vorinstanz zurecht festhielt, stützen sich die Grundbeträge auf das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (Urk. 87 S. 46). Seit dem Auszug des Gesuchsgegners lebt die Gesuchstellerin zusammen mit ihrer Mutter und den Kindern in einer Wohnung. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den Lebenshaltungskosten der Mutter einerseits und der von ihr geleisteten Kinderbetreuung andererseits. Was die Lebenshaltungskosten anbelangt, so ergibt sich aus den vorinstanzlichen Akten, dass die Mutter offenbar eine Rente bezieht bzw. eine solche beziehen könnte (Urk. 39 = Urk. 46/2 S. 3; Urk. 71 S. 6; Prot. I S. 51). Es ist daher davon auszugehen, dass sie damit zumindest einen Teil ihrer Lebenshaltungskosten selbst bestreiten kann. Was die Frage der Kinderbetreuung durch die Mutter angeht, wird darauf im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der Fremdbetreuungskosten im Bedarf der Gesuchstellerin zurückzukommen sein (vgl. nachfolgend E. III.B.6.2.2.). Entsprechend wurden die Grundbeträge von der Vorinstanz zutreffend festgelegt und sind für alle Phasen zu bestätigen.

- 34 - 6.2.2. Weiter macht die Gesuchstellerin betreffend die Position Kinderbetreuungskosten geltend, dass ihre Mutter Betreuungs- und Haushaltsarbeiten übernommen habe, weshalb von einem Stundenansatz von Fr. 27.50 auszugehen sei. Dies ergebe monatlich Fr. 1'320.–, ohne Übernachtungspauschalen und ohne Beiträge an die AHV, Kranken- und Unfallversicherung und ohne Ferien- und Feiertagsentschädigung. Inklusive einer solchen ergebe sich ein Betrag von rund Fr. 1'500.–. Übernachtungspauschalen würden zusätzlich anfallen. Das würde die Gesuchstellerin die Betreuung durch eine Nanny mindestens kosten, welche jedoch zeitlich weniger flexibel wäre als ihre Mutter. Entweder seien bei ihr die gesamten geltend gemachten Kinderbetreuungskosten von Fr. 1'542.– zu berücksichtigen oder es sei ihr persönlich lediglich ein Einkommen von Fr. 5'000.– anzurechnen (Urk. 86 S. 16 f.). Der Gesuchsgegner hält diesbezüglich in seiner Berufungsantwort fest, dass die Kinderbetreuung, die naturgemäss kostenlos bzw. gegen Kost und Logis durch die Mutter der Gesuchstellerin erfolge, im Bedarf letzterer nicht berücksichtigt werden könne. Es gehe nicht an, dass der Aufenthalt der Mutter der Gesuchstellerin indirekt durch den Staat finanziert werde, indem der Gesuchsgegner wegen ungenügender Unterhaltszahlungen ergänzend auf Sozialhilfe angewiesen sei, obschon das Familieneinkommen für beide Haushalte knapp ausreichen würde (Urk. 101 S. 13; Prot. I S. 51 und S. 57). Dem vorinstanzlichen Entscheid ist zu entnehmen, dass die Gesuchstellerin vor Vorinstanz Kinderbetreuungskosten von Fr. 1'542.– geltend machte, die sich aus dem Grundbetrag von Fr. 1'100.–, der Krankenkasse von Fr. 170.–, den Kosten für den öffentlichen Verkehr von Fr. 84.–, SVA-Abgaben von Fr. 42.– für die Mutter und Hortkosten von Fr. 146.– zusammensetzten (Urk. 87 S. 50). Die Mutter der Gesuchstellerin, so die Vorinstanz, übernehme im Haushalt der Gesuchstellerin die Funktion eines Babysitters, weshalb sie als Arbeitnehmerin anzusehen sei. Damit sei aufgrund einer Schätzung ihr Einkommen zu bestimmen. Die Gesuchstellerin sei für berechtigt und verpflichtet zu erklären, die Kinder von Samstagabend bis Mittwochmorgen zu betreuen. Sonntags und montags oder dienstags arbeite die Gesuchstellerin nicht, weshalb für diese Zeitspanne die Kinder grundsätzlich nicht durch die Mutter betreut werden müssten. Somit würden

- 35 - ein Arbeitstag (Montag oder Dienstag) und manchmal die Zeitspanne von Samstagabend bis Sonntagmorgen, wenn die Gesuchstellerin Nachdienst habe, verbleiben, die durch die Mutter abgedeckt werden müssten. Es erscheine somit gerechtfertigt, eine wöchentliche Betreuungszeit durch die Mutter von 12 Stunden anzunehmen inkl. Wartezeit, wenn die Kinder in der Schule oder im Kindergarten etc. betreut würden. Der Verband der Kinderbetreuung Schweiz empfehle eine Entlohnung von Tagesmüttern mit brutto Fr. 8.– pro Stunde und pro Kind sowie eine Übernachtungspauschale von Fr. 20.– bis Fr. 30.– pro Nacht. Gehe man also von einer Betreuungszeit von 12 Stunden pro Woche aus, ergebe sich ein Nettolohn von gerundet Fr. 768.– zzgl. 12 % Sozialabgaben von rund Fr. 92.20 pro Monat, was einen Gesamtbetrag von brutto Fr. 860.20 pro Monat ergebe. Hinzu kämen zwei Übernachtungspauschalen von je netto Fr. 30.– bzw. brutto insgesamt Fr. 67.20 sowie die vom Gesuchsgegner anerkannten Hortkosten von monatlich Fr. 146.–, mithin total Fr. 1'073.–. Zu berücksichtigen sei, dass die Gesuchstellerin erst ab Januar 2016 ihr Arbeitspensum reduziert habe und dass sich auf der anderen Seite der Gesuchsgegner seit Dezember 2015 massgeblich an der Kinderbetreuung beteilige. Für den Monat Dezember 2015 seien die Betreuungskosten daher auf Fr. 1'470.– zu schätzen, was einem Betreuungsaufwand der Mutter von rund 70 Stunden entspreche (Urk. 87 S. 51 f.). Wie dargelegt ist zu unterscheiden zwischen den Lebenshaltungskosten der Mutter einerseits und der von ihr geleisteten Kinderbetreuung andererseits (vorstehend E. III.B.6.2.1.). Dabei gilt im Grundsatzes was folgt: Wird die Betreuung der Kinder durch nahe Verwandte übernommen, ist gemäss Art. 294 Abs. 2 ZGB davon auszugehen, dass dies unentgeltlich geschieht (Jann Six, Eheschutz, Rz. 2.160 m.w.H.). Somit erscheint der Ansatz der Vorinstanz, wonach die Mutter der Gesuchstellerin als Arbeitnehmerin anzusehen und der von ihr geleistete Betreuungsaufwand aufgrund einer Schätzung in Form eines Einkommens zu bestimmen sei, nicht sachgerecht. Die Gesuchstellerin machte vor Vorinstanz geltend, sie würde vollumfänglich für die Lebenshaltungskosten ihrer Mutter aufkommen, weshalb sich die monatlichen Kinderbetreuungskosten auf insgesamt Fr. 1'542.– belaufen würden (Urk. 87 S. 50). Wie dargelegt ergibt sich aus den vorinstanzlichen Akten, dass die Mutter eine eigene Rente bezieht bzw. eine sol-

- 36 - che beziehen könnte (Urk. 39 = Urk. 46/2 S. 3; Urk. 71 S. 6; Prot. I S. 51). Es ist daher davon auszugehen, dass sie in der Lage ist, zumindest einen Teil ihrer Lebenshaltungskosten selber zu bestreiten (vorstehend E. III.B.6.2.1.). Trotzdem erscheint es naheliegend, dass die Gesuchstellerin ihre im gleichen Haushalt lebende, nicht erwerbstätige Mutter finanziell unterstützt bzw. im Minimum für Kost und Logis der Mutter aufkommt. Dies muss umso mehr gelten, als die Mutter gemäss Angaben der Gesuchstellerin lediglich Anspruch auf eine geringe bulgarische Rente habe, die sich bestenfalls auf Fr. 250.– pro Monat belaufe (Urk. 71 S. 6), was unbestritten blieb. Hat ein Schuldner nicht allein für seine Nahrungskosten aufzukommen, so sind ihm für Bekleidung, Reinigung und Instandhaltung von Kleidern und Wäsche, Gesundheitspflege und Kulturausgaben 50 % des Grundbedarfs anzurechnen (vgl. Richtlinien der Verwaltungskommission des Obergerichts Zürich zur Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums). Dies ergibt monatliche Kosten der Mutter von Fr. 550.–, was in etwa dem Betrag entspricht, welchen die Gesuchstellerin in der Steuererklärung 2015 betreffend die Unterstützung ihrer Mutter ausweist (Urk. 72/3). Weiter ergibt sich aus den Akten, dass auch die Krankenkassenpolice der Mutter in der Höhe von rund Fr. 170.– pro Monat an die Gesuchstellerin adressiert ist (Urk. 12/21-22), weshalb davon auszugehen ist, dass die Gesuchstellerin für die Krankenkassenkosten der

Mutter aufkommt. Nicht ausgewiesen sind hingegen die geltend gemachten Kosten für öffentliche Verkehrsmittel. Damit leistet die Gesuchstellerin monatlich insgesamt Fr. 720.– an den Lebensunterhalt ihrer Mutter, welcher Betrag ihr im Sinne von Fremdbetreuungskosten im Bedarf anzurechnen ist. Zu diesen Kosten zu addieren sind sodann die Horkosten von D._____ im Umfang von Fr. 146.–, die vom Gesuchsgegner anerkannt wurden (Prot. I. S. 51 f.). Damit ergeben sich Fremdbetreuungskosten von total rund Fr. 870.– pro Monat, die im Bedarf der Gesuchstellerin einzusetzen sind. 6.2.3. Sodann moniert die Gesuchstellerin mit Bezug auf die Fahrkosten des Gesuchsgegners, es gebe keinen Anlass, im Bedarf des Gesuchsgegners Fahrkosten aufzunehmen. Es sei damals weder einer Erwerbstätigkeit nachgegangen, noch habe er nach Arbeit gesucht (Urk. 86 S. 15).

- 37 - Die Vorinstanz hielt diesbezüglich fest, dass der Gesuchsgegner Fahrkosten von Fr. 84.– für das ZVV-Monatsabonnement sowie monatlich Fr. 15.– für das Halbtax-Abo geltend mache. Er müsse mobil sein für die Stellensuche sowie zur Wahrung der mehrmals wöchentlichen Arzt- und Betreuungstermine der Kinder, namentlich von C._____. Diesbezüglich sei zu bemerken, dass auch die Gesuchstellerin erwähnt habe, der Gesuchsgegner würde C._____ in der Sprachheilschule in L._____ abholen. Nachdem im Übrigen die Fahrkosten des ZVV-Monatsabonnements für die Stadt Zürich in der Höhe von Fr. 84.– ausgewiesen seien, seien ihm diese zusammen mit den Kosten des Halbtax-Abonnements im Bedarf zu berücksichtigen (Urk. 87 S. 49). Mit diesen vorinstanzlichen Überlegungen setzt sich die Gesuchstellerin nicht auseinander. Dass der Gesuchsgegner zu jener Zeit keine Arbeit gesucht haben soll, stellt eine unsubstantiierte Behauptung dar. Aus den vorinstanzlichen Akten ergeben sich jedenfalls Arbeitssuchbemühungen des Gesuchsgegners (Urk. 45/14-15). Es wäre an der Gesuchstellerin gewesen darzutun, inwiefern diese Bemühungen nicht mit Fahrkosten verbunden waren. Entsprechend bleibt es bei den dem Gesuchsgegner von der Vorinstanz angerechneten Kosten für die öffentlichen Verkehrsmittel von Fr. 99.–. 6.2.4. Damit ergibt sich für die Phase I vom 19. August 2015 bis 30. November 2015 ein Notbedarf der Gesuchstellerin mit Kindern von Fr. 6'037.– bzw. ein erweiterter Notbedarf von Fr. 7'315.– und ein Notbedarf des Gesuchsgegners von Fr. 1'770.– bzw. ein erweiterter Notbedarf von Fr. 1'830.–. Entsprechend ergibt sich ein von der Gesuchstellerin zu leistender Unterhaltsbeitrag von insgesamt Fr. 1'830.– (unter Berücksichtigung des erweiterten Notbedarfs des Gesuchsgegners, vgl. Urk. 87 S. 54). Der verbleibende Überschuss von Fr. 455.– ist zufolge der überwiegenden Kinderbetreuung der Gesuchstellerin in Phase I zu 2/3 der Gesuchstellerin und den Kinder und zu 1/3 dem Gesuchsgegner anzurechnen. Damit ergibt sich für Phase I ein Unterhaltsbeitrag von insgesamt Fr. 1'980.–. Auf die Aufteilung der Unterhaltsbeiträge wird noch zurückzukommen sein (vgl. nachstehend E. III.B.6.7).

- 38 - 6.3. Phase II und III (1. Dezember 2015 bis 31. März 2016) 6.3.1. Die Gesuchstellerin bringt bezüglich des Grundbetrags der Kinder vor, dass es nicht angebracht sei, den Grundbetrag für je ein Kind im Bedarf der Parteien aufzunehmen. Der Gesuchsgegner habe nur für die Kinder gekocht, ansonsten sei er nicht für deren Kosten aufgekommen. Die Gesuchstellerin alleine habe Kleider und Schuhe und alles notwendige für die Kinder gekauft. Damit sei in seinem Bedarf lediglich die Hälfte der Essenskosten aufzunehmen, welche sich gemäss Empfehlungen des Jugendamtes auf Fr. 270.– bzw. Fr. 285.– monatlich belaufen würden. Die Hälfte der Gesamtkosten betrage daher lediglich Fr. 277.50 (Urk. 86 S. 16 f.). Die Vorinstanz hielt diesbezüglich fest, dass ab Phase II die

Kinderbe- treuung zwischen den Parteien etwa gleich aufgeteilt worden sei. Die Grundbe- träge der Kinder seien entsprechend den Betreuungsanteilen ab Phase II auf die Parteien gleichmässig aufzuteilen (Urk. 87 S. 46). Tatsächlich ist es so, dass die Kinder ab Dezember 2015 bis Mitte März 2016 von beiden Parteien ungefähr je zur Hälfte betreut wurden (Prot. I S. 32; Urk. 54 S. 4 und S. 8; Urk. 33 S. 6). Im Rahmen der Berufung bringt die Gesuch- stellerin zwar vor, die von den Parteien im Dezember 2015 aussergerichtlich ge- schlossene Vereinbarung betreffend die hälftige Kinderbetreuung habe sie nur un- terzeichnet, weil der Gesuchsgegner ihr wochenlang die Kinder vorenthalten habe und sie die Kinder habe wiedersehen wollen (Urk. 86 S. 8). Dem ist entgegenzu- halten, dass der Gesuchsgegner ihr die Kinder nicht wochenlang vorenthalten hatte, sondern die Kinder Anfang Dezember 2015 während neun Tagen beim Ge- suchsgegner lebten, nachdem dieser in die eheliche Wohnung zurückgekehrt war (Prot. I S. 32, Urk. 54 S. 7). In der Folge kam es zum Abschluss der ausserge- richtlichen Vereinbarung vom 10. Dezember 2015 (Urk. 34/1) unter Mitwirkung beider Rechtsvertreter. Insbesondere war es die damalige Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin, welche offenbar den Entwurf der Vereinbarung ausgearbeitet und dem Gesuchsgegner zur Unterzeichnung unterbreitet hatte (Urk. 49/37). Von einer Druckausübung, wie sie die Gesuchstellerin heute geltend machen will, kann keine Rede sein. Soweit die Gesuchstellerin weiter moniert, sie alleine kaufe

- 39 - Kleider und Schuhe der Kinder, handelt es sich um eine Parteibehauptung, die unbelegt bleibt. So behauptete vor Vorinstanz auch der Gesuchsgegner, er kaufe Kleider für die Kinder (Urk. 71 S. 4; Prot. I S. 56). Entsprechend rechtfertigt es sich, für den Zeitraum von Dezember 2015 bis März 2016 in Übereinstimmung mit der Vorinstanz die Grundbeträge der Kinder hälftig auf die Eltern aufzuteilen. 6.3.2. Auch für die Phase II macht die Gesuchstellerin Kinderbetreuungskosten im Umfang von Fr. 1'542.– geltend (Urk. 86 S. 16 f.). Es kann auf die vorstehen- den Ausführungen verwiesen werden (Erw. III.B.6.2.2.). 6.3.3. Sodann rügt die Gesuchstellerin erneut die Fahrkosten des Gesuchsgeg- ners und macht geltend, es rechtfertige sich nicht, Fahrkosten des Gesuchsgeg- ners zu berücksichtigen. Weder habe dieser gearbeitet noch sich um Arbeit ge- kümmert. C. _____ sei ausserdem zu diesem Zeitpunkt bereits nicht mehr in der Sprachschule in L. _____ gewesen (Urk. 86 S. 16 f.). Diesbezüglich kann auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden (vgl. vorstehend E. III.B.6.2.3.) 6.3.4. Damit ergibt sich ein Notbedarf der Gesuchstellerin mit Kindern in Phase II von Fr. 4'857.– und ein solcher des Gesuchsgegners mit Kindern von Fr. 4'138.–. Damit bleibt in Phase II bei einem Einkommen der Gesuchstellerin von Fr. 9'600.– ein Überschuss von Fr. 605.– nach Deckung der Notbedarfe beider Parteien mit den Kindern. Der erweiterte Notbedarf der Gesuchstellerin beläuft sich auf Fr. 1'278.–, derjenige des Gesuchsgegners auf Fr. 60.– (Urk. 87 S. 42). Es ergibt sich eine anteilmässige Deckung der erweiterten Notbedarfe von gerundet Fr. 25.– (Fr. 60.– / Fr. 1338.– x Fr. 605.–) zugunsten des Gesuchsgegners und von Fr. 580.– (Fr. 1'278.– / Fr. 1338.– x Fr. 605.–) zugunsten der Gesuchstellerin. Somit rechtfertigt es sich, den gesamten Überschuss der Gesuchstellerin zur De- ckung ihres erweiterten Notbedarfs anzurechnen, ist der Anteil des Gesuchsgeg- ners doch mit Fr. 25.– vernachlässigbar klein und betreut die Gesuchstellerin nicht nur die Kinder zu einem überwiegenden Teil, sondern deckt sie mit ihrem Einkommen zu einem wesentlichen Teil die finanziellen Bedürfnisse der gesam- ten Familie (vgl. auch nachfolgend E. III.B.6.5.4.). Damit beläuft sich der zu leis- tende Unterhaltsbeitrag für Phase II auf gerundet Fr. 4'140.–.

- 40 - Der Notbedarf der Gesuchstellerin mit Kindern beträgt in Phase III Fr. 4'821.– und derjenige des Gesuchsgegners mit Kindern Fr. 4'296.–. Für Phase III berechnet sich der Unterhaltsbeitrag damit wie folgt: Phase III (1. Januar 2016 bis 31. März 2016) Einkommen Gesuchstellerin (inkl. Kinderzulagen): Fr. 7'770.– ./.. Notbedarf Gesuchstellerin mit Kindern: Fr. 4'821.– Total Unterhaltsbeiträge (gerundet): Fr. 2'950.– 6.4. Phase IV und V (1. April bis 31. Dezember 2016) 6.4.1. Betreffend Phase IV und V macht die Gesuchstellerin zunächst geltend, sie habe ab April 2016 die Kinder wieder mehrheitlich betreut, weshalb ihr der Grundbetrag für beide Kinder vollumfänglich im Bedarf anzurechnen sei (Urk. 86 S. 17). Die Vorinstanz hielt diesbezüglich lediglich fest, die Grundbeträge seien ab Phase II gleichmässig auf die Parteien aufzuteilen (Urk. 87 S. 46). Zutreffend ist jedoch, dass die Gesuchstellerin die beiden Kinder C._____ und D._____ ab April 2016 zu einem grösseren Teil betreute als der Gesuchsgegner (Urk. 33 S. 6). So sah die Vorinstanz mit Verfügung vom 24. Mai 2016 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die weitere Dauer des Verfahrens vor, dass der Gesuchsgegner die Kinder von Donnerstag ab 11.00 Uhr bzw. ab Schul-/Kindergartenschluss bis am Samstag um 17.00 Uhr betreut. In der übrigen Zeit waren die Kinder bei der Gesuchstellerin (Urk. 54 S. 20 f.). Damit betreute der Gesuchsgegner die Kinder wöchentlich zu rund einem Drittel der Zeit, so dass es sich rechtfertigt, die Grundbeträge der Kinder ab April 2016 im Verhältnis 1/3 (rund Fr. 135.– pro Kind) dem Gesuchsgegner und 2/3 (rund Fr. 265.– pro Kind) der Gesuchstellerin im Bedarf einzurechnen. 6.4.2. Weiter verlangt die Gesuchstellerin die Berücksichtigung von Kinderbetreuungskosten im beantragten Umfang von Fr. 1'542.– (Urk. 86 S. 17). Es kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden (Erw. III.B.6.2.2.). 6.4.3. Der Bedarf der Gesuchstellerin mit Kindern beläuft sich für die Phase IV vom 1. April 2016 bis 31. Juli 2016 und die Phase V vom 1. August 2016 bis

- 41 - 31. Dezember 2016 auf Fr. 5'589.–, derjenige des Gesuchsgegners mit Kindern auf Fr. 4'166.– für Phase IV und Fr. 4'191.– für Phase V. Damit ergeben sich für die beiden Phasen in Abweichung zum vorinstanzlichen Entscheid die folgenden Unterhaltsbeiträge (vgl. Urk. 57 S. 56): Phase IV (1. April 2016 bis 31. Juli 2016) Einkommen Gesuchstellerin (inkl. Kinderzulagen): Fr. 7'770.– ./.. Notbedarf Gesuchstellerin mit Kindern: Fr. 5'589.– Total Unterhaltsbeiträge (gerundet): Fr. 2'180.– Phase V (1. August 2016 bis 31. Dezember 2016) Einkommen Gesuchstellerin (inkl. Kinderzulagen): Fr. 8'050.– ./.. Notbedarf Gesuchstellerin mit Kindern: Fr. 5'589.– Total Unterhaltsbeiträge (gerundet): Fr. 2'460.– 6.5. Phase VI und VII (1. Januar 2017 bis 31. Mai 2018) 6.5.1. Betreffend die Phasen VI und VII macht die Gesuchstellerin zunächst geltend, es sei nicht nachvollziehbar, dass der Gesuchsgegner keine Prämienverbilligung erhalte. Möglicherweise habe er sich nicht darum gekümmert, obwohl er sich darum kümmern müsse, weshalb lediglich eine Krankenkassenprämie von Fr. 250.– anerkannt werde (Urk. 86 S. 17). Der Gesuchsgegner hält dem entgegen, dass er – solange er von der Sozialhilfe abhängig sei – keinen Anspruch auf Prämienverbilligung habe (Urk. 101 S. 13). Die Vorinstanz berücksichtigte die Prämie nach KVG des Gesuchsgegners im Umfang von Fr. 498.– mit dem Hinweis, dass diese ausgewiesen sei (Urk. 87 S. 48, vgl. Urk. 70/43). Bei knappen finanziellen Verhältnissen sind lediglich die Prämien der obligatorischen Krankenversicherung (KVG) zu berücksichtigen, abzüglich einer allfälligen Prämienverbilligung. Diese ist zu berücksichtigen, sofern ein Anspruch besteht. Soweit ersichtlich hat die Gesuchstellerin vor Vorinstanz nie behauptet, der Gesuchsgegner habe Anspruch auf eine individuelle Prämienverbilligung, bzw. die entsprechenden tatsächlichen Grundlagen dargetan. Sofern sie in der Berufung neu die Prüfung einer individuellen Prämienverbilligung des

- 42 - Gesuchsgegners verlangt, sind ihre Vorbringen verspätet und unbeachtlich (vgl. vorstehend E. II.5.), zumal sie es in der Berufungsschrift unterlässt darzutun, von welchem anspruchsauslösenden Einkommen des Gesuchsgegners sie für welche Phase ausgeht. Entsprechend bleibt es bei den von der Vorinstanz eingesetzten Krankenkassenkosten im Umfang von Fr. 498.– pro Monat, zumal die entsprechende Prämie offenbar auch vom Sozialamt anerkannt wird (Urk. 94). 6.5.2. Betreffend die angefochtenen Bedarfspositionen der Grundbeträge für die Kinder sowie der Fremdbetreuungskosten kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden (vgl. vorstehend E. III.B.6.2.2. und III.B.6.4.1.). 6.5.3. Der Bedarf der Gesuchstellerin mit Kindern beläuft sich somit für die Phasen VI vom 1. Januar 2017 bis 30. August 2017 und VII vom 1. September 2017 bis 31. Mai 2018 auf rund Fr. 5'600.–, derjenige des Gesuchsgegners mit Kindern beläuft sich für Phase VI auf Fr. 4'222.– und für Phase VII auf Fr. 4'282.–. 6.5.4. Per 1. Januar 2017 sind die neuen Bestimmungen zum Kindesunterhaltsrecht in Kraft getreten. Nach Art. 13cbis 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 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 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, Schulauslagen, etc. Der Betreuungsunterhalt hingegen deckt die indirekten

- 43 - 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. Rechtlich ergibt sich der Betreuungsunterhalt aus den Lebenshaltungskosten des betreuenden Elternteils, welche grundsätzlich dem familienrechtlichen Existenzminimum entsprechen, abzüglich des eigenen Einkommens der Hauptbetreuungsperson. Der Barbedarf der Kinder beträgt vorliegend Fr. 617.50 pro Kind (Grundbetrag Fr. 135.– und Wohnkostenanteil Fr. 482.50 [1/4 von Fr. 1'930.–]) für die Betreuungszeit beim Gesuchsgegner sowie Fr. 1'080.– pro Kind (Grundbetrag Fr. 265.–, Wohnkostenanteil Fr. 484.50 [1/4 von Fr. 1'938], Krankenkasse KVG Fr. 97.– und Kinderbetreuungskosten Fr. 435.– abzüglich Kinderzulagen von Fr. 200.–) für die Betreuungszeit bei der Gesuchstellerin. Gestützt auf die Bedarfsberechnung der Vorinstanz (Urk. 87 S. 44 f. sowie vorstehend E. III.B.6.5.1. f.) betragen die Lebenshaltungskosten des Gesuchsgegners ab Januar 2017 Fr. 2'987.– (Grundbetrag Fr. 1'200.–, Wohnkostenanteil Fr. 965.–, Krankenkasse Fr. 498.–, zusätzliche Gesundheitskosten Fr. 50.–, Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 25.–, Billag Fr. 38.–, Telekommunikation Fr. 112.–, Mobilität Fr. 99.–). Ab September 2017 erhöhen sich die Lebenshaltungskosten des Gesuchsgegners um Fr. 60.– für auswärtige Verpflegung auf Fr. 3'047.–. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist dem Gesuchsgegner für die Zeit vom 1. Januar 2017 bis 30. August 2017 kein Erwerbseinkommen und ab 1. September 2017 ein

solches von Fr. 2'160.– anzurechnen. Die Lebenshaltungskosten der Gesuchstellerin betragen für die Zeit ab Januar 2017 Fr. 3'035.– (Grundbetrag Fr. 1'100.–, Wohnkostenanteil Fr. 969.–, Krankenkasse Fr. 323.–, zusätzliche Gesundheitskosten Fr. 100.–, Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 33.–, Billag Fr. 38.–, Telekommunikation Fr. 112.–, Mobilität Fr. 240.– sowie auswärtige Verpflegung Fr. 120.–). Damit berechnet sich der Unterhaltsanspruch des Gesuchsgegners und der Kinder für die Phasen VI und VII wie folgt: Phase VI (1. Januar 2017 bis 31. August 2017) Einkommen Gesuchstellerin (exkl. Kinderzulagen): Fr. 7'650.–

- 44 - ./ Lebenshaltungskosten GSin Fr. 3'035.– ./ Barbedarf Kinder bei Gesuchstellerin Fr. 2'160.– Total (gerundet): Fr. 2'455.– davon Barbedarf Kinder bei Gesuchsgegner Fr. 1'235.– Betreuungsunterhalt Fr. 1'220.– Manko Betreuungsunterhalt Fr. 273.50 persönlicher Unterhalt an Gesuchsgegner Fr. 0.– Da in Phase VI das Manko des Gesuchsgegners von total Fr. 2'987.– nur zu 50 % betreuungsbedingt ist (vgl. vorstehend E. III.B.6.5.4.), ergibt sich ein Manko im Betreuungsunterhalt von Fr. 273.50 (Fr. 2'987.– / 2 ./ Fr. 1'220.–). Phase VII (1. September 2017 bis 31. Mai 2018) Einkommen Gesuchstellerin (exkl. Kinderzulagen): Fr. 7'650.– ./ Lebenshaltungskosten GSin Fr. 3'035.– ./ Barbedarf Kinder bei Gesuchstellerin Fr. 2'160.– Total (gerundet): Fr. 2'455.– davon Barbedarf Kinder bei Gesuchsgegner Fr. 1'235.– Betreuungsunterhalt Fr. 887.– Manko Betreuungsunterhalt Fr. 0.– persönlicher Unterhalt an Gesuchsgegner Fr. 0.– Damit bleibt in Phase VII ein Überschuss von gerundet Fr. 330.– nach Deckung der Notbedarfe beider Parteien mit den Kindern. Der erweiterte Notbedarf der Gesuchstellerin beläuft sich auf Fr. 1'278.–, derjenige des Gesuchsgegners auf Fr. 60.– (Urk. 87 S. 42). Es ergibt sich eine anteilmässige Deckung der erweiterten Notbedarfe von gerundet Fr. 15.– (Fr. 60.– / Fr. 1338.– x Fr. 330.–) zugunsten des Gesuchsgegners und von Fr. 315.– (Fr. 1'278.– / Fr. 1338.– x Fr. 330.–) zugunsten der Gesuchstellerin. Es rechtfertigt sich damit den gesamten Überschuss der Gesuchstellerin anzurechnen, ist der Anteil des Gesuchsgegners mit Fr. 15.– doch vernachlässigbar klein und betreut die Gesuchstellerin wie bereits ausgeführt nicht nur die Kinder zu einem überwiegenden Teil, sondern deckt sie mit ih-

- 45 - rem Einkommen auch zu einem wesentlichen Teil die finanziellen Bedürfnisse der gesamten Familie. 6.6. Phase VIII (ab 1. Juni 2018 für die weitere Dauer des Getrenntlebens) Wie dargelegt ist dem Gesuchsgegner ab 1. Juni 2018 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 2'600.– anzurechnen. Ausserdem erhöhen sich seine Lebenshaltungskosten infolge eines erhöhten Anteils für auswärtige Verpflegung von Fr. 80.– auf Fr. 3'067.–. Entsprechend berechnen sich die Unterhaltsbeiträge an den Gesuchsgegner und die Kinder für die Zeit ab 1. Juni 2018 für die weitere Dauer des Getrenntlebens wie folgt: Einkommen Gesuchstellerin (exkl. Kinderzulagen): Fr. 7'650.– ./ Lebenshaltungskosten GSin Fr. 3'035.– ./ Barbedarf Kinder bei Gesuchstellerin Fr. 2'160.– Total Unterhaltsbeiträge (gerundet): Fr. 2'455.– davon Barbedarf Kinder bei Gesuchsgegner Fr. 1'235.– Betreuungsunterhalt Fr. 467.– Manko Betreuungsunterhalt Fr. 0.– persönlicher Unterhalt an Gesuchsgegner Fr. 0.– Damit bleibt in Phase VIII ein Überschuss von rund Fr. 750.– nach Deckung der Notbedarfe beider Parteien mit den Kindern zur Deckung der erweiterten Notbedarfe. Diesbezüglich kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden. Der Anteil des Gesuchsgegners am erweiterten Notbedarf erscheint mit gerundet Fr. 35.– (Fr. 60.– / Fr. 1338.– x Fr. 750.–) wiederum vernachlässigbar klein, weshalb der gesamte Überschuss bei der Gesuchstellerin zur Deckung des erweiterten Notbedarfs verbleibt (vorstehend E. III.B.6.5.4.). 6.7. Ergebnis und Aufteilung Unterhaltsbeiträge

6.7.1. Die Vorinstanz hat Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 910.– (inkl. Kinderzu- lagen) pro Kind ab 1. Dezember 2015 zugesprochen. Die Gesuchstellerin geht davon aus, dass der überwiegende Teil der Kinderkosten bei ihr und nicht beim

- 46 - Gesuchsgegner anfallen würden, weshalb sie einen Kinderunterhaltsbeitrag von Fr. 600.– pro Kind bzw. von Fr. 1'200.– für beide Kinder als ausreichend erachtet (Urk. 86 S. 19). Nach dem Ausgeführten rechtfertigt es sich auch für die Phasen II bis V, die effektiven Kinderkosten für die Festsetzung der Höhe der Kinderunter- haltsbeiträge einzusetzen. Diese betragen für die Zeit, welche die Kinder beim Gesuchsgegner verbringen, Fr. 617.50 pro Kind (vgl. vorstehend E. III.B.6.5.4.). Es rechtfertigt sich ausserdem, den gesamten Betreuungsunterhalt D._____, dem jüngeren Kind, anzurechnen. Damit kann dem Umstand Rechnung getragen wer- den, dass die Betreuungsintensität mit fortschreitendem Alter abnimmt, D._____ indes noch am längsten auf eine Betreuung angewiesen sein wird (vgl. dazu S. 13 f. des Leitfadens des Zürcher Obergerichts zum neuen Unterhaltsrecht). Somit re- sultieren folgende Unterhaltsbeiträge: Kinderunterhaltsbeiträge (gerundet): - Fr. 620.– pro Kind ab 1. Dezember 2015 bis 31. Dezember 2016; - Fr. 620.– für C._____ ab 1. Januar 2017 für die weitere Dauer des Getrenntlebens; - Fr. 1'840.– für D._____ ab 1. Januar 2017 bis 31. August 2017; - Fr. 1'500.– für D._____ ab 1. September 2017 bis 31. Mai 2018; - Fr. 1'085.– für D._____ ab 1. Juni 2018 für die weitere Dauer des Getrenntlebens.

Ehegattenunterhaltsbeiträge (gerundet): - Fr. 1'980.– ab 19. August bis 30. November 2015; - Fr. 2'900.– ab 1. Dezember bis 31. Dezember 2015; - Fr. 1'710.– ab 1. Januar 2016 bis 31. März 2016; - Fr. 940.– ab 1. April 2016 bis 31. Juli 2016; - Fr. 1'220.– ab 1. August 2016 bis 31. Dezember 2016; - Fr. 0.– ab 1. Januar 2017 für die weitere Dauer des

Getrenntlebens. 6.7.2. Der Unterhaltsanspruch der Ehegatten unterliegt der Dispositionsmaxime (vgl. vorstehend E. II.3.1.). Mithin greift das Verschlechterungsverbot, das soge- nannte Verbot der reformatio in peius. Dieses besagt, dass die Rechtsmittel-

- 47 - instanz das angefochtene Urteil nicht zu Ungunsten der rechtsmittelführenden Partei abändern darf, es sei denn, die Gegenpartei habe ebenfalls ein Rechtsmit- tel ergriffen (BGer 5A_169/2012 vom 18. Juli 2012, E. 3.3. m.w.H.). Vorliegend hat nur die Gesuchstellerin Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil vom 22. Dezember 2016 erhoben. Unter Berücksichtigung des Verbots der reformatio in peius ergeben sich damit abschliessend mit Blick auf den vorinstanzlichen Ent- scheid (Urk. 87 S. 66 f.) sowie die Berufungsanträge der Gesuchstellerin (Urk. 86 S. 2) die folgenden

Ehegattenunterhaltsbeiträge: - Fr. 1'820.– ab 19. August bis 30. November 2015; - Fr. 2'715.– ab 1. Dezember bis 31. Dezember 2015; - Fr. 930.– ab 1. Januar 2016 bis 31. März 2016; - Fr. 290.– ab 1. April 2016 bis 31. Juli 2016; - Fr. 570.– ab 1. August 2016 bis 31. Dezember 2016; Zwar hat die Gesuchstellerin mit ihrer Berufung beantragt, sie sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller ab 1. Januar bis 31. August 2017 persönliche monatliche Un- terhaltsbeiträge von Fr. 576.50 zu bezahlen, dies allerdings vor dem Hintergrund, dass sie die Kinderunterhaltsbeiträge auf je Fr. 600.– bezifferte. Da sie nun zu- sätzlich ein Betreuungsunterhalt von Fr. 1'220.– schuldet, versteht sich von selbst, dass sie nicht bei ihrem Antrag behaftet werden kann. Ab 1. Januar 2017 sind also keine persönlichen Unterhaltsbeiträge mehr geschuldet. Im Gegensatz zum Ehegattenunterhalt gilt beim Kindesunterhalt, der im Anwendungsbereich der Offizialmaxime liegt, das Verschlechterungsverbot nicht (BGer 5A_169/2012 vom

Juli 2012, E. 3.3. m.w.H.; ZK ZPO - Reetz, Vorb. zu Art. 308 - 318 N 17). Entsprechend bleibt es abschliessend bei den vorstehend zusammengefassten Kinderunterhaltsbeiträgen (vgl. E. III.B.6.7.1.). 6.7.3. Im Übrigen ist die vorinstanzliche Unterhaltsregelung zu bestätigen. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die ausserordentlichen Kinderkosten sowie mit Blick auf die Anrechnungsklauseln. Auch wenn vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fraglich erscheint, ob die von der Vorinstanz vorgesehenen Anrechnungsklauseln (vgl. Urk. 87 S. 65 ff. Dispositiv-Ziffern 7 und 8) nicht die Vollstreckbarkeit hindern (BGE 135 III 315 E. 2.3 f.; BGer 5A_860/2011

- 48 - vom 11. Juni 2012 E. 6.3; BGE 138 III 586 E. 6.1.2.; BGer 5D_201/2013 vom 2. April 2014, E.4.1.), blieben diese unangefochten und sind somit zu bestätigen. IV. A. Unentgeltliche Rechtspflege 1. Sowohl die Gesuchstellerin (Urk. 86 S. 3) als auch der Gesuchsgegner (Urk. 101 S. 1 f.) haben für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt.

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