

ZH_OBERGERICHT LE210002 vom 8. September 2021

ZH Obergericht, 2021-09-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE210002

FR: ZH_OBERGERICHT LE210002 du 8 septembre 2021

IT: ZH_OBERGERICHT LE210002 del 8 settembre 2021

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit dem tt.mm.2009 verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder, E._____, geboren am tt.mm.2009, und F._____, geboren am tt.mm.2016. Am 12. November 2019 stellte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf kann dem erstinstanzlichen Urteil entnommen werden (Urk. 60 S. 3 ff.). Am 14. September 2020 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid, zuerst in un begründeter (Urk. 40) und hernach in begründeter Form (Urk. 56 = Urk. 60).

E. 2

Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) erhob am 31. Dezember 2020 fristgerecht Berufung mit den erwähnten Anträgen (Urk. 59). Mit Verfügung vom 25. Januar 2021 wurde dem Gesuchsgegner und Berufungsklagen (fortan Gesuchsgegner) Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 65). Am 1. Februar 2021 reichte die Gesuchstellerin eine Noveneingabe ein (Urk. 66). Die Berufungsantwort datiert vom 8. Februar 2021 (Urk. 69). Mit Verfügung vom 15. Februar 2021 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zum prozessualen Begehren des Gesuchsgegners Stellung zu nehmen, und dem Gesuchsgegner die gegnerische Noveneingabe zur Kenntnis gebracht (Urk. 71). Der Gesuchsgegner äusserte sich am 18. Februar 2021 zur Noveneingabe (Urk. 72), die Gesuchstellerin am 23. Februar 2021 zum beantragten Prozesskostenvorschuss (Urk. 74), was der jeweiligen Gegenpartei mit Verfügung vom 4. März 2021 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 75). Am 4. Mai 2021 reichte die Gesuchstellerin erneut eine Noveneingabe ein (Urk. 76), zu der der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 17. Mai 2021 Stellung nahm (Urk. 80). Mit Beschluss vom 22. Juni 2021 ordnete die Kammer die Anhörung der Tochter an (Urk. 83). Am 23. Juni 2021 leitete die KESB Bülach Süd eine Verfügung der Kantonspolizei vom 10. Juni 2021 weiter (Urk. 84). Am 29. Juni 2021 liess der Gesuchsgegner mitteilen, dass ihm die Arbeitsstelle gekündigt worden sei (Urk. 88). Das rechtliche Gehör wurde gewährt (Urk. 90). Zum Protokoll der Kinderanhörung äusserten sich die Parteien mit Eingaben vom 12. bzw. 15. Juli 2021 (Urk. 93 und 94). Mit

- 11 - Präsidialverfügung vom 3. August 2021 wurde den Parteien angezeigt, dass sich das Verfahren in der Phase der Urteilsberatung befindet (Urk. 96).

E. 3

Die Berufung hemmt die Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 1 (Getrenntleben), 5 (Ehegattenunterhalt), 8 (Beistandschaft). Sie sind daher rechtskräftig, was vorzumerken ist. Nicht angefochten wurde zudem die Dispositiv-Ziffer 6 betreffend die Angaben gemäss Art. 301a ZPO. Da

diese Ziffer in untrennbarem Zusammenhang zum strittigen Unterhaltsbeitrag steht, ist sie nicht als rechtskräftig vorzumerken. Hinsichtlich der nur teilweise angefochtenen Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (Dispositiv-Ziffern 9 bis 11) erfolgt ohnehin keine Vormerknahme der (Teil-) Rechtskraft (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO).

E. 3.1

Ein Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Als bedürftig gilt, wer für die Kosten eines Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf.

E. 3.2

Wie die Vorinstanz erwogen hat, ist es offensichtlich, dass sowohl die Gesuchstellerin wie der Gesuchsgegner finanziell nicht in der Lage sind, für Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen (Urk. 60 S. 36 f.) Nach dem unter Erw. II Ausgeführten hat die Gesuchstellerin als prozessual mittellos und in Bezug auf den gegnerischen Prozesskostenbeitrag als nicht leistungsfähig zu gelten. Der Antrag ist daher abzuweisen.

E. 3.3

Da auch die übrigen Voraussetzungen von Art. 117 ZPO erfüllt sind, ist bei den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person ihrer Rechtsvertretung je eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bzw. ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

E. 3.4

Entsprechend sind die Kostenanteile einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

E. 3.5

Da die hälftige Parteientschädigung voraussichtlich uneinbringlich ist, ist der unentgeltliche Rechtsbeistand des Gesuchsgegners diesbezüglich vom Kanton angemessen zu entschädigen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Der Anspruch des Ge-

- 27 - suchsgegners auf Parteientschädigung geht mit der Zahlung der Entschädigung an den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Es wird beschlossen:

E. 4

Obhut

- 12 -

E. 4.1

Die Vorinstanz stellte die gemeinsamen Kinder nach Abwägung der Vorbringen der Parteien und Prüfung der einzelnen Zuteilungskriterien unter die Obhut des Gesuchsgegners. Sie erwog, E. _____ habe im Rahmen der Kinderanhörung ausgeführt, dass sowohl der Gesuchsgegner als auch die Gesuchstellerin für sie da seien. Sie könne mit beiden Elternteilen über ihre Sorgen sprechen. Wenn die Richterin jemanden der Elternteile ermahnen müsste, müsste sie sowohl die Gesuchstellerin als auch den Gesuchsgegner ermahnen. Sie fände es sodann am besten, wenn sie und ihr Bruder abwechslungsweise eine

Woche bei der Gesuchstellerin und eine Woche beim Gesuchsgegner wohnen könnten. Die Vorinstanz argumentierte, dass die Obhut im Eheschutzverfahren nicht beiden Elternteilen belassen werden könne und dass anzunehmen sei, dass beide Elternteile erziehungsfähig seien. E._____ habe sich in gleicher Weise für beide Elternteile ausgesprochen. Es sei davon auszugehen, dass für sie sowohl eine Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin wie an den Gesuchsgegner in Frage kommen würde. Sodann seien beide Parteien in etwa im gleichen Umfang berufstätig. Darüber hinaus sei zu einem gewissen Grad bereits ein Fremdbetreuungsmodell etabliert worden, welches die Kinderbetreuung sicherstelle. Die Möglichkeit der persönlichen Betreuung spreche daher weder für die Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin noch an den Gesuchsgegner. Es sei jedoch hervorzuheben, dass der Gesuchsgegner in der Vergangenheit trotz der vollen Erwerbstätigkeit einen Grossteil der Kinderbetreuung übernommen habe. Schliesslich werde als zentral angesehen, dass der Gesuchsgegner im alltäglichen Leben der Familie die Hauptansprechperson darzustellen scheine. So sei er unter anderem besser in der Lage, die Kinder in schulischen Angelegenheiten zu unterstützen und den Umgang mit Behörden und Lehrern zu pflegen, was für die Gesuchstellerin infolge mangelnder Sprachkenntnisse nicht oder zumindest nicht im gleichen Umfang möglich zu sein scheine. Es sei daher davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner die beiden Kinder in ihrer Entwicklung im Alltag derzeit besser unterstützen könne. Daher sei die alleinige Obhut für die beiden Kinder für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsgegner zuzuteilen (Urk. 60 S. 9).

E. 4.2

Die Gesuchstellerin rügt die Schlussfolgerung bezüglich des Anteils der Kinderbetreuung durch den Gesuchsgegner (Urk. 59 S. 8). Die Vorinstanz habe nicht

- 13 - berücksichtigt, dass der Gesuchsgegner 100 % in Schichtarbeit tätig gewesen sei, weshalb es gar nicht möglich gewesen sei, einen grossen Anteil der Betreuung zu übernehmen. Die Ausführungen des Gesuchsgegners, dass sich die Gesuchstellerin während dieser Zeit wenig bis nicht um die Kinder und den Haushalt gekümmert habe, seien nicht glaubhaft. So habe der Gesuchsgegner vor Vorinstanz selber eingeräumt, dass sie ihre Aufgaben als Mutter und Erzieherin gut gemacht habe (Urk. 59 S. 9). Es sei unbestritten, dass die Gesuchstellerin gelegentlich in Spätschichten sowie am Wochenende am G._____ arbeite. Aus diesem Grund sei die Familie auf die Fremdbetreuung angewiesen. Weiter arbeite die Gesuchstellerin seit Monaten in Kurzarbeit, weniger als 60 %, seit März 2020 betreue sie vorwiegend die Kinder und kümmere sich um den Haushalt. Vom 15. Juli bis 1. August 2020 habe sich die Gesuchstellerin mit den Kindern in Portugal aufgehalten, vom 1. August bis 14. August 2020 seien die Kinder mit dem Gesuchsgegner in Portugal geblieben. Am 17. August 2020 sei F._____ in den Kindergarten eingetreten, er gehe seither nicht mehr in die Krippe und werde von der Gesuchstellerin betreut. Die Arbeitssituation der Gesuchstellerin sei unsicher. Gemäss ihrem Arbeitsplan für Januar 2020 (recte 2021) sei sie für keinen Tag eingetragen worden, d.h. sie werde den ganzen Monat zu Hause bleiben. Aufgrund der aktuellen Arbeitsbedingungen, welche wegen der unsicheren Arbeitslage (Corona Pandemie / Flugverkehr) im G._____ mit grosser Wahrscheinlichkeit noch lange dauern würden, sei die Gesuchstellerin in der Lage, die Kinder persönlich zu betreuen, was am besten dem Wohl der Kinder entsprechen werde (Urk. 59 S. 10). Die Gesuchstellerin macht sodann geltend, der Gesuchsgegner setze seine Deutschkenntnisse nicht immer zum Wohl der Kinder ein, sondern um ein schlechtes Bild von ihr als Mutter gegenüber den Behörden zu geben. So habe er bei einer Einladung zu

einem Standortgespräch im Kindergarten gesagt, die Gesuchstellerin könne zu Hause bleiben, es sei kein wichtiges Gespräch. Am Gespräch selbst habe er der Kindergärtnerin erklärt, dass sich die Mutter nicht interessiere, oft feiere, keine feste Wohnung habe und Horrorfilme mit F._____ schaue. Es treffe auch nicht zu, dass der Gesuchsgegner zu Hause mit F._____ Deutsch spreche, es werde zuhause Portugiesisch gesprochen (Urk. 59 S. 11 f.).

- 14 - Schliesslich wirft die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner vor, er sei am 27. Dezember 2020 trotz der Corona-Pandemie nach Brasilien geflogen. Sie und F._____ würden unter Bronchitis leiden. Die Lage in Brasilien sei sehr unsicher. Der Gesuchsgegner zeige sich gegenüber seiner Familie rücksichtslos. Mit seinem Egoismus riskiere er das Wohlergehen der ganzen Familie (Urk. 59 S. 12). In einer Noveneingabe vom Mai 2021 machte die Gesuchstellerin geltend, dass sie und F._____ positiv auf COVID-19 getestet worden seien, der Gesuchsgegner jedoch nicht die Betreuung der Kinder und den Haushalt übernommen habe (Urk. 76 S. 2).

E. 4.3

Der Gesuchsgegner entgegnet in der Berufungsantwort vom 8. Februar 2021, es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz den Sachverhalt falsch resp. gar willkürlich ermittelt haben sollte. Die Gesuchstellerin argumentiere sinngemäss, dass aufgrund der Corona-Pandemie die Annahmen der Vorinstanz nicht eingetreten seien. Es sei jedoch davon auszugehen, dass sich die Lage innerhalb des nächsten halben Jahres stabilisieren und normalisieren werde. Daher stelle die Pandemie per se keinen Grund dar, die vorinstanzlichen wohl überlegten Erkenntnisse umzustossen. Tatsache sei, dass der Gesuchsgegner einen massgebenden resp. gar überwiegenden Teil der Kinderbetreuung wahrgenommen habe. Die vorinstanzliche Feststellung, wonach der Gesuchsgegner bei der persönlichen Betreuung der Kinder eine tragende Rolle einnehmen würde, sei somit zutreffend (Urk. 69 S. 4 ff.). Zwar treffe es zu, dass die Gesuchstellerin pandemiebedingt seit März 2020 in Kurzarbeit sei und sich daher massgeblich um die beiden Kinder und den Haushalt kümmern würde. Richtig sei auch, dass die beiden Kinder aktuell die Krippe nicht besuchen würden. Trotz dieser pandemiebedingten Umstände kümmere sich die Gesuchstellerin nicht mehr um die Kinder als vor dem Pandemieausbruch. Fakt sei auch, dass die Gesuchstellerin nicht willens resp. in der Lage sei, die beiden Kinder in ihrer Freizeit altersgerecht zu beschäftigen. Die Kinder würden oft vor dem Fernseher sitzen oder "gamen" mit dem Mobiltelefon resp. iPad (Urk. 69 S. 6). Was den Vorwurf betreffend die Deutschkenntnisse angeht, führt der Gesuchsgegner aus, dass die Gesuchstellerin mittelfristig nicht in der Lage sein werde,

- 15 - sich auf Deutsch zu verständigen. Daher werde sie die beiden Kinder im Gegensatz zu ihm auch nicht in schulischen Angelegenheiten unterstützen können. Auf die Teilnahme am Standortgespräch habe sie freiwillig verzichtet. Die von ihm gemachten Angaben hätten aus seiner Warte den Tatsachen entsprochen. Es werde jedenfalls bestritten, dass der Gesuchsgegner mit faktenwidrigen Behauptungen gegen die Gesuchstellerin arbeiten würde (Urk. 69 S. 7). Ebenso bestreitet der Gesuchsgegner, dass er sich mit der Reise nach Brasilien gegenüber der Familie rücksichtslos verhalten hätte. Der Aufenthalt habe kein Sicherheitsrisiko für die Familie dargestellt (Urk. 69 S. 8). Was die Covid-Erkrankung der Gesuchstellerin betrifft, macht der Gesuchsgegner geltend, trotz Pandemie habe die Gesuchstellerin regelmässig mit Freunden gefeiert und sich an einem Fest mit dem Virus infiziert und alsdann F._____ angesteckt. Er, der Gesuchsgegner, habe sich fürsorglich

sowohl um die Gesuchstellerin als auch um die Kinder und den Haushalt gekümmert. Im Übrigen erhebt (auch) er den Vorwurf, die Gesuchstellerin würde sich nicht um die Kinder und den Haushalt kümmern (Urk. 80 S. 1 f.).

E. 4.4

Die Vorbringen der Parteien zeigen deutlich, dass sich die Parteien gegenseitig Schuldzuweisungen und Vorwürfe machen, welche hauptsächlich auf die Erziehungsfähigkeit zielen. Die jeweiligen Ereignisse liegen wenige Monate zurück und fallen in die Zeit der Corona-Pandemie, welche mit ihren starken Einschränkungen des öffentlichen Lebens auch erheblichen Einfluss auf den Bezugsalltag und die Psyche hatte und hat. Dazu kommt die Eigenheit des vorliegenden Falls. Die Gesuchstellerin stellte das Eheschutzbegehren im November 2019. Auch rund elf Monate nach Eröffnung des vorinstanzlichen unbegründeten Entscheids am 21./23. September 2020 (Urk. 41) leben die Parteien immer noch zusammen. Dies, obwohl die Gesuchstellerin im angefochtenen Urteil verpflichtet wurde, die eheliche Wohnung bis spätestens Ende Oktober 2020 zu verlassen. Dass diese Situation Auseinandersetzungen begünstigen kann, liegt auf der Hand. Die Streitereien wurden auch bereits an der Hauptverhandlung vom 2. Juli 2020 thematisiert (vgl. Prot. I S. 36) und scheinen sich fortzusetzen. Auch E. _____ äusserte den Wunsch, dass die Eltern weniger streiten würden (Prot. II S. 12). Andererseits sind die von den Parteien gegenseitig genannten Unzulänglichkeiten in Bezug auf die kritisierte Betreuung (Kinder sich selbst überlassen, zu

- 16 - viel "gamen": Urk. 69 S. 6; zu oft auf dem Tablet spielen: Urk. 76 S. 2) nicht geeignet, die Erziehungsfähigkeit der jeweiligen Gegenseite grundsätzlich in Frage zu stellen. Der von beiden Seiten behauptete Alkoholkonsum der jeweils anderen Partei hatte bei der Frage der Obhutsteilung durch die Vorinstanz keinerlei Relevanz gehabt, weshalb auf die Rüge der Gesuchstellerin, die Vorinstanz habe diesbezüglich den Sachverhalt falsch festgestellt, nicht einzugehen ist. Auch im Berufungsverfahren wird aus dem gegenseitig vorgeworfenen (übermässigen) Alkoholkonsum (Urk. 76 S. 2, Urk. 93) keine konkrete Kindswohlfährdung abgeleitet. Mit der Vorinstanz ist daher festzuhalten, dass beide Parteien grundsätzlich fähig und willens sind, die Kinder in einer dem Kindwohl entsprechenden Weise zu erziehen und sich um sie zu kümmern unter Beanspruchung der bereits etablierten Fremdbetreuung. Gleichwohl ist der Gesuchsgegner mit Nachdruck daran zu erinnern, weder gegenüber den Kindern noch gegenüber Dritten wie Lehrpersonen die Gesuchstellerin schlecht zu reden, wie das die Sprachnachrichten (Urk. 67/1) und die Äusserungen beim Standortgespräch (Urk. 63/17) nahelegen. Auch geht es nicht an, die Tochter in den Konflikt einzubeziehen, wie das vorgefallen ist (Prot. I S. 21). Die Eltern haben im Rahmen ihrer Möglichkeiten alles zu unternehmen, was zur gedeihlichen Entwicklung des Kindes erforderlich ist. Daraus folgt, dass sie sich zu bemühen haben, zwischen der konfliktbehafteten Eltern-ebene einerseits sowie dem Eltern-Kind-Verhältnis andererseits zu unterscheiden und das Kind aus dem elterlichen Konflikt herauszuhalten. Sodann haben beide Elternteile ein kooperatives Verhalten an den Tag zu legen und die zumutbaren Anstrengungen bei der gegenseitigen Kommunikation zu unternehmen, ohne die elterlichen Pflichten nicht in effektiver Weise und zum Vorteil des Kindes ausgeübt werden können. Beide Elternteile haben mit Blick auf das Wohl des Kindes die Pflicht, eine gute Beziehung zum jeweils anderen Elternteil zu fördern; ihre Beachtung ist für eine tragfähige und kindeswohlorientierte Pflege und Erziehung wichtig. In diesem Zusammenhang spricht die Rechtsprechung von Bindungstoleranz (Urteil 5A_351/2018

vom 23. Oktober 2018 E. 5.2 mit Hinweisen). Sie ist ein Teilaspekt der Erziehungsfähigkeit des betreffenden Elternteils (vgl. BGer 5A_616/2020 vom 23. November 2020, E. 2.1.1. mit Hinweisen).

- 17 -

E. 4.5

Die Parteien lebten keine klassische Rollenteilung. Nach der Geburt von F._____ im April 2016 war die Gesuchstellerin nach Angaben des Gesuchsgegners bis zum zweiten Lebensjahr zu Hause gewesen, nahm dann zuerst eine Temporär- und alsdann eine Festanstellung am G._____ auf (Prot. I S. 19). Gemäss Arbeitsvertrag vom Oktober 2018 war die Gesuchstellerin bis zum Ausbruch der Pandemie zumindest zu 60 % (vgl. Urk. 3/5), eigenen Angaben zufolge sogar zu 80 % oder gar 100 % als Reinigungskraft tätig (vgl. Urk. 60 S. 21). Die Krippe in der H._____ besuchte F._____ erst ab Februar 2020, offenbar mit dem Ziel, seine Deutschkenntnisse zu verbessern (Urk. 31/16, Urk. 63/17). Der Gesuchsgegner arbeitete bis zur Freistellung per 28. Juni 2021 Vollzeit bei H._____ Schweiz als Metallbauer (Urk. 16 S. 8), und zwar ursprünglich in einem Drei-Schichten-Modus (Prot. I S. 24). Den Drei-Schichten-Modus musste er krankheitsbedingt aufgeben (Prot. I S. 23, Urk. 17/13). Zwar hat sich die Gesuchstellerin - pandemiebedingt - in den letzten Monaten mehr um die Kinder gekümmert, jedoch hat auch der Gesuchsgegner eine starke emotionale Beziehung und Bindung zu beiden Kindern. Es wurde seitens der Gesuchstellerin bestätigt, dass der Gesuchsgegner im Haushalt und der Kinderbetreuung mitgeholfen hat (Prot. I S. 13). Dass der Gesuchsgegner gar einen überwiegenden Teil wahrgenommen haben soll, wie von ihm behauptet (Urk. 69 S. 5), erscheint dagegen angesichts der vollen Erwerbstätigkeit wenig glaubhaft. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass beide Parteien Hauptbetreuungspersonen sind.

E. 4.6

Nicht bestritten ist, dass der Gesuchsgegner die administrativen Angelegenheiten der Familie geregelt hat und Ansprechperson für die Schulbehörden, Ämter etc. war und ist. Ebenfalls nicht substantiiert bestritten ist, dass der Gesuchsgegner derjenige ist, der den Kindern (bzw. bis anhin E._____) in schulischen Belangen helfen kann und dies in der Vergangenheit auch tat (Prot. I S. 51), auch wenn E._____ im Herbst 2020 Nachhilfe in Mathematik nehmen musste (Urk. 61/14). Es ist zu begrüssen, dass die Gesuchstellerin einen Deutschkurs besucht (Urk. 63/20). Dies ändert jedoch nichts an der Einschätzung der Vorinstanz, wonach nach den gesamten Umständen der Gesuchsgegner besser Gewähr dafür bietet, dass er die Kinder in schulischen Angelegenheiten unterstützt.

- 18 -

E. 4.7

Die Gesuchstellerin macht in der Berufungsschrift geltend, der Gesuchsgegner solle weiterhin im Schichtbetrieb arbeiten, um den Unterhalt der Familie zu sichern. Mit dem angefochtenen Entscheid werde die Familie ohne Grund finanziell weiter belastet, indem sich das sichere Einkommen des Gesuchsgegners reduziere und unnötig teure Betreuungskosten entstehen würden (Urk. 59 S. 10). In ihrer Stellungnahme zur Kündigung trägt die Gesuchstellerin vor, es handle sich um einen selbst verschuldeten Verlust der Arbeitsstelle, weshalb dieser nicht zu berücksichtigen sei (Urk. 94 S. 2). F._____ besucht seit rund einem Jahr den Kindergarten. Die obligatorische Schulpflicht des jüngsten Kindes

verpflichtet die Gesuchstellerin ohnehin, zumindest 50 % zu arbeiten (BGE 144 III 481 E. 4.7.6). Unter dem Aspekt des Kontinuitätsprinzips muss sie sich gar behaften lassen, weiterhin zumindest 60 % zu arbeiten (vgl. BGE 144 III 481 E. 4.5 und E. 4.7). Selbst bei einer Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin wäre dieser ein Erwerbseinkommen anzurechnen und es würden Fremdbetreuungskosten anfallen. Die Gesuchstellerin argumentiert wiederholt mit der unsicheren Joblage. Es sei allgemein bekannt, dass die Raumpflegerinnen seit anfangs der Pandemie entweder ihre Stelle verloren hätten oder ihr Arbeitspensum reduziert worden sei (Urk. 59 S. 10). Die Gesuchstellerin arbeitet seit März 2020 in Kurzarbeit. Der primäre Zweck von Kurzarbeit ist, die Entlassung der Mitarbeitenden zu vermeiden. Gemäss den Lohnabrechnungen des Arbeitgebers erhielt die Gesuchstellerin in den Monaten Oktober und November 2020 die vertraglich vereinbarten 60 % (vgl. Urk. 3/6) und mit dem Dezemberlohn zusätzlich den 13. Monatslohn ausbezahlt (Urk. 63/10-63/12). Gemäss Eingabe vom 15. Juli 2021 arbeitet die Gesuchstellerin weiterhin Kurzarbeit (Urk. 94 S. 1). Die Vorbringen der Gesuchstellerin, dass der Gesuchsgegner leistungsfähiger sei, sind kein entscheidendes Kriterium für die Zuteilung. 5.1 E._____ antwortete auf die Frage der Vorderrichterin nach der künftigen Wohnsituation, dass sie es am besten fände, wenn sie und ihr Bruder abwechselungsweise eine Woche bei der Gesuchstellerin und eine Woche beim Gesuchsgegner wohnen könnten. Beide Parteien haben sich in der Stellungnahme zur Kindesanhörung gegen die alternierende Obhut ausgesprochen. Der Gesuchs-

- 19 - gegner meinte, dass die tatsächliche Umsetzung des Wechselmodells anspruchsvoll sei und auch die verschiedenen Voraussetzungen wie Wohnsituation, Planbarkeit in Bezug auf die Betreuung gegeben sein müssten (Urk. 25 S. 2). Die Gesuchstellerin führte aus, dass "eine gute Interaktion der Eltern" nicht vorliegen würde (Urk. 26 S. 2), und meinte damit wohl, dass es an der Kooperationsfähigkeit fehlen würde. Zu bemerken ist jedoch, dass der Gesuchsgegner in der persönlichen Befragung ausführte, dass er die geteilte Obhut wünsche (Prot. I S. 23). In der Anhörung durch eine Delegation der Kammer erklärte E._____, dass ihr Wunsch geändert habe, sie bei der Mutter wohnen möchte und sich vorstellen könnte, von Freitag bis Sonntag beim Vater zu wohnen (Prot. II S. 10 f.). 5.2 Die vorinstanzliche Rechtsauffassung, dass die Obhut nur einem Elternteil zugesprochen werden kann (Urk. 60 S. 8 f.), ist überholt. Gemäss dem seit 1. Januar 2017 in Kraft stehenden Art. 298 Abs. 2ter ZGB prüft das Gericht im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer alternierenden Obhut, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt. Beim Entscheid über die Obhut oder die Betreuungsanteile ist das Recht des Kindes zu berücksichtigen, regelmässige persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen zu pflegen (Art. 298 Abs. 2 bis ZGB). Die alternierende Obhut kommt grundsätzlich nur in Frage, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. Weiter ist dieses Betreuungsmodell nur praktisch umsetzbar, wenn die Eltern fähig und bereit sind, in Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und im Hinblick auf die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zu kooperieren. Ferner sind beim Entscheid die geografische Situation, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der Eltern, und die Stabilität, welche die Weiterführung der bisherigen Regelung für das Kind allenfalls mit sich bringt, zu berücksichtigen. Spricht die Abwägung der skizzierten Kriterien im Ergebnis für die alternierende Obhut, kann diese auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden (BGE 142 III 612 E. 4.). Weil zum heutigen Zeitpunkt einerseits weder die Parteien noch deren Kinder eine alternierende Obhut beantragen und andererseits die Parteien immer noch gemeinsam in der ehelichen Wohnung leben, was eine Prüfung der geografischen Situation verunmöglicht, fehlt es

bereits an den äusseren Rahmenbedingungen

- 20 - für eine alternierende Obhut, weshalb die weiteren Voraussetzungen gar nicht zu prüfen sind. 5.3 Wünsche älterer Kinder und Jugendlicher sind nach Massgabe von Art. 133 Abs. 2 ZGB materiellrechtlich relevant (anstatt vieler: BGE 122 III 401 E 3b). Gestützt auf den Umstand, dass die Parteien seit rund 1 ½ Jahren in einem Eheschutzverfahren stehen, häufig Streitigkeiten austragen und immer noch in der gemeinsamen Wohnung leben, ist es offenkundig, dass E. _____ zwar in einem grossen Loyalitätskonflikt steht, jedoch zu beiden Elternteilen Kontakt pflegen möchte. Aufgrund der konkreten Situation können die von E. _____ geäusserten Wünsche für die materiell-rechtliche Frage der Obhutszuteilung nicht ausschlaggebend sein. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird der Kinderwunsch nicht vorrangig berücksichtigt (BGE 146 III 203 E. 3.3.3). 5.4 Das Eheschutzgericht soll für die Dauer des Getrenntlebens die notwendigen Massnahmen erlassen. Der vorinstanzliche Entscheid war mit seiner Ausfällung vollstreckbar, weshalb grundsätzlich eine Regelung vorliegt. Eine definitive und dauerhafte Lösung steht nicht im Vordergrund. Aufgrund der erwähnten Eigenheit ist vielmehr erforderlich, dass im Leben der Familie Ruhe einkehren kann und die Kinder nicht länger den stetigen Konflikten zwischen den Parteien ausgesetzt sind. Dem Sachgericht steht bei der Zuteilung der Obhut ein grosses Ermessen zu. Die angefochtene Regelung ist aufgrund der gegebenen Verhältnisse zu treffen. Tatsache ist, dass die Gesuchstellerin bei ihrem Arbeitgeber, Stand heute, Spätschicht (ab 16 Uhr bis 20 Uhr bzw. 21 Uhr) arbeitet, wie aus dem Arbeitsplan hervorgeht (Urk. 95/1). Es ist daher fraglich, wie die Betreuung für die 12-jährige Tochter und den 5-jährigen Sohn am Abend erfolgen kann, zumal viele Fremdbetreuungsangebote wie Hort, Kita etc. abends geschlossen sind. Die Gesuchstellerin machte zwar geltend, dass sie bei ihrem Arbeitgeber ein Gesuch stellen werde, um nur Frühdienst zu leisten, und dass eine Drittperson bei ihr übernachten werde, wenn sie Spätschicht habe (Urk. 94 S. 1). Dies sind Absichtserklärungen. Konkrete Anfragen gegenüber dem Arbeitgeber liegen nicht vor. Und die Drittperson ging gemäss deren eigenen Erklärung von nur vier bis fünf Abenden pro Monat aus (Urk. 63/19). Demgegenüber ist davon auszugehen,

- 21 - dass der Gesuchsgegner, der sich in der Zeit der Freistellung zwar um eine neue Arbeitsstelle wird bemühen müssen, mit deren Antritt jedenfalls auf Fremdbetreuungsangebote wie Hort und Mittagstisch wird abstützen können, zumal er wegen seiner Erkrankung keine Tätigkeit in Schichtarbeit mehr annehmen kann (vgl. Urk. 86). Mit anderen Worten spricht das gegenwärtige Arbeitszeitmodell der Gesuchstellerin und dessen Konsequenzen für die Betreuungsfähigkeit für eine Bestätigung der Zuteilung durch die Vorinstanz. Auch wenn E. _____ als Teenager eine gewisse Selbständigkeit nicht abzusprechen ist, so ist der 5-jährige F. _____ auf eine vollumfängliche Betreuung am Abend angewiesen. Ohnehin zu verneinen ist unter dem Aspekt des Kindeswohls eine Trennung der Geschwister. Wenn es dabei bleibt, dass die Obhut über die Kinder dem Gesuchsgegner zuzuteilen ist, dann nicht deshalb, weil die Gesuchstellerin per se der weniger geeignete Elternteil wäre, um das Kindeswohl zu wahren. Wie unter Erw. 4.4 ausgeführt, sind beim Gesuchsgegner zumindest leise Zweifel betreffend seine Bindungstoleranz angebracht. 5.5 Zusammenfassend ist die Obhutszuteilung an den Gesuchsgegner zu bestätigen.

E. 6

Bei diesem Ergebnis ist auch Dispositiv-Ziffer 3 betreffend das Betreuungsrecht der Gesuchstellerin grundsätzlich zu bestätigen, wobei es im Kindeswohl erscheint, die

Betreuungsregelung um den zweiten Doppelfeiertag Neujahr sowie um eine vierte Ferienwoche zu ergänzen. Selbstredend können die Parteien nach Gelegenheit und unter Berücksichtigung der Bedürfnisse aller zusätzliche Kontakte mit der Gesuchstellerin vereinbaren.

E. 7

Kinderunterhalt

E. 7.1

Einkommen und Bedarf Kinder E. _____ ist inzwischen zwölf Jahre alt. Ihre Kinderzulage beläuft sich daher neu auf Fr. 250.–, jene von F. _____ nach wie vor auf Fr. 200.– pro Monat (vgl. Urk. 60 S. 18).

- 22 - Die Vorinstanz setzte den Bedarf für E. _____ auf Fr. 2'044.–, davon Fr. 1'000.– für die Fremdbetreuung, und für F. _____ auf Fr. 1'367.–, davon Fr. 530.– für die Fremdbetreuung fest (Urk. 60 S. 19). Die Gesuchstellerin erachtet die Fremdbetreuungskosten für nicht erforderlich, da sie die Kinder persönlich betreuen könne (Urk. 59 S. 12). Da es bei der vorinstanzlichen Obhutszuteilung bleibt, sind die Fremdbetreuungskosten im Grundsatz zu bestätigen. Substantiierte Rügen gegen deren Höhe werden nicht vorgebracht. Allerdings ist der Gesuchsgegner bis Ende Oktober 2021 freigestellt, weshalb er die Kinder bis dahin persönlich betreuen kann. Die Fremdbetreuungskosten sind daher erst ab November 2021 anzurechnen. Für E. _____ beläuft sich der Bedarf bis Ende Oktober 2021 auf Fr. 1'044.–, für F. _____ auf Fr. 837.–; ab November 2021 ist der Bedarf gemäss Vorinstanz mit Fr. 2'044.– und Fr. 1'367.– zu bestätigen.

E. 7.2

Bedarf Gesuchstellerin Die Gesuchstellerin macht für sich einen Bedarf von Fr. 2'842.– geltend (Urk. 59 S. 13). Sie rechnet dabei mit Wohnkosten von Fr. 822.–, jedoch unter der Prämisse eines Wohnkostenanteils der Kinder. Da dies nicht der Fall ist, ist der Bedarf gemäss Vorinstanz in der Höhe von Fr. 3'280.– zu bestätigen (Urk. 60 S. 22 f.).

E. 7.3

Bedarf Gesuchsgegner Der Bedarf des Gesuchsgegners im Betrag von Fr. 3'347.– (Urk. 60 S. 25) ist ebenfalls zu bestätigen.

E. 7.4

Einkommen Gesuchstellerin Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'000.– an. Sie stellte dabei auf die Lohnabrechnungen von August 2019 bis Oktober 2019 ab und ermittelte ein Durchschnittsgehalt von Fr. 3'303.–. Die eingereichten Lohnabrechnungen der Monate April 2020 bis Juni 2020 erachtete sie wegen der Corona-Pandemie nicht als aussagekräftig. Zum Betrag von

- 23 - Fr. 3'303.– zählte die Vorinstanz den Anteil 13. Monatslohn sowie einen Bonusanteil von jährlich Fr. 1'000.– hinzu und veranschlagte das massgebliche monatliche Nettoeinkommen auf Fr. 3'600.–. Ausgehend von diesem Betrag setzte sie das Einkommen für eine 100 %-Tätigkeit ermessensweise auf Fr. 4'000.– fest (Urk. 60 S. 20 ff.). Die Gesuchstellerin hält diesen Betrag für willkürlich und unrealistisch, der aktuelle Arbeitsmarkt sei nicht gewürdigt worden. Sie macht geltend, dass ihr der Arzt wegen chronischen Atemwegserkrankungen aufgrund der Pandemie empfohlen habe, nicht mehr

als 60 % zu arbeiten (Urk. 59 S. 14 f.). Das Arztzeugnis datiert von September 2020 und der Arzt attestierte der Gesuchstellerin, dass sie "zurzeit nicht in der Lage" sei, ein Arbeitspensum von mehr als 60 % zu leisten (Urk. 63/16). In der Zwischenzeit hatten impfwillige Erwachsene die Möglichkeit, sich gegen Corona zu impfen. Ein aktuelles Zeugnis reichte die Gesuchstellerin nicht ein. Es ist daher davon auszugehen, dass sie heute in der Lage ist, grundsätzlich wieder mehr zu arbeiten, wie sie das auch vor Ausbruch der Pandemie getan hat. Zu bedenken ist allerdings, dass ihr Arbeitgeber, der G._____, weiterhin unter den Auswirkungen der Pandemie zu leiden hat und sich die weitere Entwicklung des Fluggeschäfts, und mitunter auch die Tätigkeit der Gesuchstellerin, kaum voraussehen lässt. Ermessensweise erscheint es daher billig, der Gesuchstellerin bis Oktober 2021 ein 60 %-Pensum, ab November 2021 bis März 2022 ein 80 %-Pensum und ab April 2022 ein 100 %-Pensum anzurechnen. Stellt man auf die Lohnabrechnungen für Oktober und November 2020 mit einem Nettolohn von Fr. 2'201.– ab, sind der Gesuchstellerin unter Einrechnung des 13. Monatslohnes bis Oktober 2021 Fr. 2'400.– netto, ab November 2021 Fr. 3'200.– netto und ab April 2022 von Fr. 4'000.– netto anzurechnen.

E. 7.5

Leistungsfähigkeit Gesuchstellerin Bei einem Bedarf von Fr. 3'280.– ist die Gesuchstellerin bis März 2022 nicht leistungsfähig. Ab April 2022 resultiert ein Überschuss von Fr. 720.– und es ist der Unterhaltsbeitrag von je Fr. 360.– pro Kind gemäss angefochtenem Urteil zu bestätigen.

- 24 - Dispositiv-Ziffer 4 ist daher aufzuheben und entsprechend neu abzufassen. Das selbe gilt für den Fehlbetrag betreffend Kinderunterhalt.

E. 8

Einkommen Gesuchsgegner

E. 8.1

Die Vorinstanz veranschlagte das Einkommen des Gesuchsgegners auf Fr. 5'000.–, inklusive 13. Monatslohn und Bonusanteil. Als Basis stellte sie auf den Bruttolohn ohne Schichtzulagen von Fr. 5'520.– brutto ab, der einem Nettolohn von Fr. 4'400.– entspricht (Urk. 60 S. 24). Die Gesuchstellerin hält dafür, es seien dem Gesuchsgegner Fr. 6'176.– anzurechnen (Urk. 59 S. 15). Sie verkennt dabei, dass der Brutto- und nicht der Nettolohn Fr. 5'520.– beträgt (Urk. 3/9, 3/10). Die Rüge der Gesuchstellerin ist deshalb unbegründet.

E. 8.2

Der Gesuchsgegner macht im Zusammenhang mit dem Stellenverlust geltend, dass sein Einkommen ab August 2021 bis Oktober 2021 maximal Fr. 4'500.– betragen werde (Fr. 5'000.– abzüglich wegfallende Schichtpauschale von Fr. 520.–; Urk. 88 S. 2). Der Gesuchsgegner übersieht, dass die Vorinstanz bei ihrer Berechnung die Schichtzulagen bereits ausser Acht liess. Wie erwähnt, beträgt der Monatslohn ohne die Schichtzulagen Fr. 5'520.– brutto (vgl. Urk. 3/9, 3/10, 3/11). Die Vorinstanz hat die Schichtzulagen gar nicht erst eingerechnet, weshalb es im Rahmen des Summarverfahrens beim Einkommen von Fr. 5'000.– bleibt.

E. 9

Dispositiv-Ziffer 6: Angaben gemäss Art. 301a lit. a und b ZPO Die finanziellen Verhältnisse der Parteien sind dem neu zu fällenden Entscheid anzupassen. Die Bestimmung von Art. 301a ZPO verlangt nicht zwingend, dass die Angaben zum Bedarf im Dispositiv festgehalten werden. Von der Wiedergabe der Bedarfswerte (vgl. Dispositiv-Ziffer 6 des vorinstanzlichen Urteils) im Urteilsdispositiv kann daher abgesehen werden.

- 25 -

E. 10

Wohnungszuteilung Bei diesem Ergebnis ist auch die Wohnungszuteilung an den Gesuchsgegner zu bestätigen. Soweit die Gesuchstellerin geltend macht, dass sie keine neue Wohnung finden können (Urk. 59 S. 15), ist der Gesuchsgegner an die eheliche Solidarität zu erinnern, die ihn verpflichtet, die Gesuchstellerin bei der Wohnungssuche bestmöglich zu unterstützen. Die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, die eheliche Wohnung bis spätestens Ende Oktober 2021 zu verlassen.

E. 11

Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Höhe der erstinstanzlichen Entscheidgebühren (Dispositiv-Ziffer 9) wurde von keiner Partei angefochten und ist zu bestätigen. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind ebenfalls zu bestätigen (Dispositiv-Ziffern 10 und 11); die Anpassung der Unterhaltsbeiträge durch die erkennende Kammer vermag eine andere Verteilung der Prozesskosten im Sinne von Art. 318 Abs. 3 ZPO nicht zu rechtfertigen. Die Gesuchstellerin ficht die Parteientschädigung ohnehin für den Fall an, dass die Berufungsinstanz den Entscheid revidiere (Urk. 59 S. 9), was in der Hauptsache betreffend Obhut/zuteilung nicht zutrifft. III. 1. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind auf Fr. 3'500.– festzulegen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b, § 12 Abs. 1 und 2 GebV). Die volle Parteientschädigung ist auf Fr. 3'200.– zuzüglich 7.7 % MwSt. festzulegen (vgl. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3, § 11 Abs. 1-3 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). 2. Sofern beide Parteien unter dem Aspekt des Kindesinteresses gute Gründe für ihre jeweiligen Anträge haben, sind die Prozesskosten in den vermögensrechtlichen Kinderbelangen den Parteien praxisgemäss je zur Hälfte aufzuerlegen. Dies trifft vorliegend für die Berufung der Gesuchstellerin betreffend Obhut/Besuchsrecht zu. Dagegen unterliegt die Gesuchstellerin mit ihrem Antrag zum Kindesunterhalt und zur Wohnungszuteilung. Insgesamt rechtfertigt es sich, die Kosten der Gesuchstellerin zu drei Vierteln und dem Gesuchsgegner zu ei-

- 26 - nem Viertel aufzuerlegen. Folglich ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen. 3. Die Vorinstanz gewährte beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 60 S. 38). Im Berufungsverfahren erneuern sie ihre Gesuche bzw. stellt der Gesuchsgegner vorab ein Gesuch für einen Prozesskostenbeitrag (Urk. 59 S. 4, Urk. 69 S. 2).

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