

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE160001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

## Beschluss und Urteil vom 3. August 2016

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X1. \_\_\_\_\_

substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Bülach vom 29. Dezember 2015 (EE150157-C)**

### Rechtsbegehren:

#### I. Der Klägerin (Urk. 14 S. 2 f.):

- "1. Es sei der Gesuchstellerin gestützt auf Art. 175 ZGB das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Die eheliche Wohnung an der C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in ... sei für die Dauer der Trennung dem Gesuchgegner zuzuweisen.
3. Es seien die Kinder D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
4. Es sei der persönliche Verkehr angemessen zu regeln.
5. Es sei der Gesuchgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab 1. November 2015 angemessene persönliche Unterhaltsbeiträge monatlich mindestens Fr. 1'300.– zu bezahlen. Zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
6. Es sei der Gesuchgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab dem 1. Januar 2016 für die Kinder D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ Unterhalt von monatlich mindestens je Fr. 1'000.– zuzüglich gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen. Zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines Monats.
7. Es sei der Gesuchgegner zu verpflichten, Auskunft über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu erteilen.
8. Es sei die Gütertrennung anzuordnen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zu Lasten des Gesuchgegners.

Prozessualer Antrag der Klägerin:

Es sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

#### II. Des Beklagten (Urk. 2 S. 2):

- "1. Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen;
2. Es sei das Mobilien und der Hausrat der ehelichen Wohnung, C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in ..., dem Gesuchgegner zuzuweisen;
3. Es seien die gemeinsamen Kinder D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2004, und E.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2006, unter die Obhut des Gesuchgegners zu stellen;

4. Es sei der Gesuchstellerin ein gerichtübliches Besuchs- und Ferienrecht einzuräumen, wobei der Gesuchstellerin zu gewähren sei, die Kinder D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ jedes zweite Wochenende im Monat von Freitagabend 21.00 Uhr bis Sonntagabend 20.00 Uhr zu sich oder mit sich zu Besuch zu nehmen;
5. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchgegner für die gemeinsamen Kinder angemessene Unterhaltsbeiträge, mindestens jedoch Fr. 500.–, zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den ersten Tag jedes Monats, erstmals per 1. Januar 2016;
6. Die diesen Anträgen entgegenstehenden Anträge der Gesuchstellerin seien vollumfänglich abzuweisen;
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) gemäss dem Ausgang des Verfahrens.

Prozessualer Antrag des Beklagten:

1. Es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchgegner für das vorliegende Eheschutzverfahren einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 5'000.– zu bezahlen;
2. Eventualiter sei dem Gesuchgegner für das vorliegende Eheschutzverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person von Rechtsanwältin MLaw X1.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen;
3. Es seien die beiden Kinder D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ anzuhören."

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht  
Bülach vom 29. Dezember 2015:**

(Urk. 28 = 32)

1. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien seit dem 10. November 2015 getrennt leben.
2. Die Obhut für die Kinder D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, wird der Klägerin ab deren Bezug der Wohnung an der F.\_\_\_\_\_-Strasse in ..., spätestens ab 1. Februar 2016, zugeteilt. Bis dahin verbleiben die Kinder in der Obhut des Beklagten.
3. Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, an jedem zweiten Wochenende jeweils ab Freitagabend, 19:00 Uhr, bis Montagmorgen, 09.00 Uhr, sowie in

geraden Jahren an Ostern, in ungeraden Jahren an Pfingsten und in jedem Jahr am zweiten Weihnachtstag auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen.

Darüber hinaus ist er berechtigt, die Kinder für drei Wochen jährlich während der Schulferien auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen. Das Ferienbesuchsrecht ist mindestens drei Monate im Voraus anzukündigen.

Ein weitergehendes Besuchsrecht nach gegenseitiger Absprache bleibt vorbehalten.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder ab dem Zeitpunkt des Übergangs von deren Obhut an die Klägerin monatliche, im Voraus auf den Ersten des Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 850.– pro Kind zu bezahlen, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinder- bzw. Ausbildungszulagen, sofern diese vom Beklagten bezogen werden.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sie persönlich ab 10. November 2015 einen monatlichen, im Voraus auf den Ersten des Monats zahlbaren Unterhaltsbeitrag von Fr. 770.– zu bezahlen.
6. Die eheliche Wohnung an der C.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in ... wird dem Beklagten zur alleinigen Benützung zugewiesen.
7. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung per 9. Dezember 2015 angeordnet.
8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 300.– Dolmetscherkosten  

---

  
Fr. 3'300.– Total  

---

---

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Beide Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
10. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
11. (Mitteilungssatz)
12. (Rechtsmittelbelehrung)

### **Berufungsanträge:**

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 31 S. 2 f.):

- "1. Es sei Ziffer 2 des Urteils und Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2015, Geschäfts-Nr. EE150157-C/U, aufzuheben und es sei die Obhut für die Kinder D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, dem Berufungskläger zuzuteilen;
2. Es sei Ziffer 3 des Urteils und Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2015, Geschäfts-Nr. EE150157-C/U, aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte für berechtigt zu erklären, die Kinder D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, an jedem zweiten Wochenende jeweils ab Freitagabend 21:00 Uhr, bis Sonntagabend 20:00 Uhr, sowie in geraden Jahren an Ostern, in ungeraden Jahren an Pfingsten und in jedem Jahr am zweiten Weihnachtstag auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen.  
  
Darüber hinaus sei die Berufungsbeklagte für berechtigt zu erklären, die Kinder für drei Wochen jährlich während der Schulferien auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen. Das Ferienbesuchsrecht ist mindestens drei Monate im Voraus anzukündigen;
3. Es sei Ziffer 4 des Urteils und Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2015, Geschäfts-Nr. EE150157-C/U, aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder angemessene Unterhaltsbeiträge, mindestens jedoch CHF 245.00 pro Kind zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den ersten Tag eines jeden Monats, erstmals per 1. Januar 2016;

4. Eventualiter zu Ziffer 3 sei Ziffer 4 des Urteils und Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2015, Geschäfts-Nr. EE150157-C/U aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Berufungskläger mangels Leistungsfähigkeit keinen Unterhalt an die gemeinsamen Kinder zu bezahlen hat;
5. Es sei Ziffer 5 des Urteils und Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2015, Geschäfts-Nr. EE150157-C/U, vollumfänglich aufzuheben;
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) gemäss dem Ausgang des Verfahrens.

Prozessuale Anträge:

1. Es seien die beiden Kinder D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ anzuhören;
2. Es seien die erstinstanzlichen Akten des Eheschutzverfahrens mit der Geschäfts-Nr. EE150157-C/U beim Bezirksgericht Bülach beizuziehen;
3. Der vorliegenden Berufung sei gestützt auf Art. 315 Abs. 5 ZPO bezüglich der Zuteilung der Obhut der Kinder an die Berufungsbeklagte gemäss Ziffer 2 des angefochtenen Urteils, bezüglich des Unterhalts an die Kinder gemäss Ziffer 4 des angefochtenen Urteils und bezüglich des Unterhalts an die Berufungsbeklagte gemäss Ziffer 5 des angefochtenen Urteils die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
4. Es sei dem Berufungskläger für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin MLaw X1.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 40 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung vom 14. Januar 2016 vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei das Urteil und die Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2015 zu bestätigen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zu Lasten des Berufungsklägers.

Prozessuales Gesuch:

Es sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung für das gesamte Berufungsverfahren zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwältin Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Parteien sind verheiratet. Sie haben zwei gemeinsame Kinder D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006. Seit dem 11. November 2015 (Urk. 1) stehen sie sich vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren gegenüber. Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 28 E. 1 = Urk. 32 E. 1). Die Vorinstanz fällt am 29. Dezember 2015 das einleitend wiedergegebene Urteil (Urk. 28).

2. Dagegen erhob der Beklagte und Berufungskläger (fortan: Beklagte) mit Eingabe vom 14. Januar 2016 innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 31 S. 2 f.). Zeitgleich stellte der Beklagte den prozessualen Antrag, es sei der Berufung gestützt auf Art. 315 Abs. 5 ZPO bezüglich der Zuteilung der Obhut der Kinder (Dispositivziffer 2 des angefochtenen Urteils), des Unterhalts an die Kinder (Dispositivziffer 4 des angefochtenen Urteils) und des Ehegattenunterhalts (Dispositivziffer 5 des angefochtenen Urteils) die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 31 S. 3). Mit Verfügung vom 20. Januar 2016 wurde der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan: Klägerin) Frist angesetzt, um zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (Urk. 35). Innert Frist nahm die Klägerin mit Eingabe vom 27. Januar 2016 (Urk. 36) zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung. Mit Verfügung vom 4. Februar 2016 (Urk. 38) wurde der Berufung des Beklagten in Bezug auf die Dispositivziffer 5 des angefochtenen Urteils für rückwirkend geschuldete Unterhaltsbeiträge bis zum 31. Januar 2016 sowie hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge ab 1. Februar 2016 im monatlich Fr. 314.– übersteigenden Umfang die aufschiebende Wirkung gewährt. Im Übrigen wurde der prozessuale Antrag des Beklagten um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Mit Beschluss vom 11. März 2016 (Urk. 39) wurde dem Beklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin MLaw

X1.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Gleichzeitig wurde der Klägerin Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten. Die Klägerin erstattete mit Eingabe vom 4. April 2016 (Urk. 40) innert Frist die Berufungsantwort, welche dem Beklagten mit Verfügung vom 11. April 2016 (Urk. 43) samt Beilagen (Urk. 42/1-3) zur Kenntnisnahme zugestellt wurde. Nachdem der Beklagte mit Eingabe vom 26. April 2016 (Urk. 45) um formelle Fristansetzung zur Stellungnahme zur Berufungsantwort ersuchte, wurde ihm mit Verfügung vom 3. Mai 2016 (Urk. 48) eine entsprechende Frist angesetzt. Die Stellungnahme des Beklagten zur Berufungsantwort datiert vom 19. Mai 2016 (Urk. 49) und wurde der Klägerin samt Beilagen (Urk. 51/8-12) zur Kenntnisnahme zugestellt. Am 14. Juni 2016 reichte der Beklagte eine Noveneingabe betreffend Schulwechsel und Fremdbetreuung (Urk. 53) ein, welche der Klägerin ebenfalls samt Beilagen (Urk. 55/13-14) zur Kenntnisnahme zugestellt wurde.

## II.

1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind die Obhutszuteilung, die Regelung des Besuchsrechts sowie die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge. Die Dispositiv-Ziffern 1 und 6 bis 10 des vorinstanzlichen Eheschutzentscheides blieben unangefochten, weshalb diese in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Dies ist vorzumerken.

2. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Art. 317 Abs. 1 ZPO ist auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, zu beachten (BGE 138 III 626 E. 2.2.). Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Un-

tersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden, und zwar längstens bis zum Beginn der Urteilsberatung. Dies gilt auch für Verfahren, die - wie vorliegend - der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 788 Erw. 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz. 1172).

3.1. Der Beklagte beantragt in prozessualer Hinsicht, es seien die beiden Kinder D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ erneut anzuhören (Urk. 31 S. 3). Dem Protokoll der vorinstanzlichen Anhörung sei nicht zu entnehmen, welche konkreten Fragen den Kindern gestellt worden seien, sondern es handle sich um eine Kurz-Zusammenfassung, in welche auch gleich die Interpretation des Gerichtes miteingeflossen sei. Aus dem Protokoll zeige sich, dass E.\_\_\_\_\_ offensichtlich sehr wenig in die Befragung miteinbezogen worden sei. Sodann sei das soziale und freundschaftliche Umfeld der Kinder nicht beleuchtet worden. Die Kinder hätten ihm gegenüber schockiert reagiert, als sie erfahren hätten, dass sie aus dem Haus ausziehen und zur Klägerin in eine neue Wohnung ziehen sollen. Die Vorinstanz habe anlässlich der Kinderbefragung dieses Thema und insbesondere die Konsequenzen der Obhutszuteilung an die Klägerin nicht mit den Kindern besprochen. Aus dem Schreiben von E.\_\_\_\_\_ an den Gerichtspräsidenten der Vorinstanz gehe hervor, dass es E.\_\_\_\_\_ bei ihm und im Haus gefalle, er seine Freunde und Nachbarn dort habe, die Schule nahe sei und er alles habe, was er brauche. In einer erneuten Kinderanhörung könne auch geklärt werden, dass er E.\_\_\_\_\_ nicht dazu gezwungen habe, ein solches Schreiben aufzusetzen. Die Kinder seien sodann nur sehr oberflächlich befragt worden. In einer erneuten Anhörung seien sie über ihren Freundeskreis, ihre Freizeit und die Betreuung zu befragen (Urk. 31 S. 11 f. und 16; Urk. 49 S. 14 und 23).

3.2. Die Klägerin geht demgegenüber davon aus, die Kinderanhörung sei durch die Vorinstanz richtig und vollständig durchgeführt worden. Sie widersetzt sich aber einer weiteren Kinderanhörung nicht (Urk. 40 S. 19 und 31).

3.3.1. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass Begehren um Berichtigung des Protokolls bei jener Instanz anzubringen sind, welche das Protokoll verfasst hat (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 235 N 25), vorliegend somit bei der Vorinstanz. Soweit der Beklagte bemängelt, dem Protokoll sei nicht zu entnehmen, welche Fragen den Kindern gestellt worden seien und es sei lediglich eine Kurz-Zusammenfassung der Kinderanhörung erstellt worden, wäre ihm ohnehin entgegenzuhalten, dass gemäss Art. 298 Abs. 2 ZPO nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse der Anhörung im Protokoll festgehalten werden. Damit sagt bereits das Gesetz, dass kein wörtliches Protokoll der Anhörung erstellt werden muss. Es ist zulässig, den Inhalt des Gespräches nur in summarischer Form wiederzugeben (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 235 N 12; FamKomm Scheidung/Schweighauser, Anh. ZPO Art. 298 N 32).

Die vom Beklagten in der Berufungsschrift neu erhobenen Beanstandungen inhaltlicher Art hinsichtlich der von der Vorinstanz durchgeführten Kinderanhörung sind im Übrigen in Anbetracht dessen, dass den Parteien vor Vorinstanz Gelegenheit zur Stellungnahme zur Kinderanhörung eingeräumt wurde (vgl. Prot. I. S. 27 ff.), als verspätet zu erachten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Selbst wenn die vom Beklagten erhobene Kritik an der vorinstanzlichen Kinderanhörung noch berücksichtigt werden könnte, müsste diese im Übrigen als haltlos qualifiziert werden. So entbehrt der Vorwurf des Beklagten, in das Protokoll der Kinderanhörung sei auch gleich die Interpretation des Gerichtes eingeflossen, jeglicher Grundlage, gibt dieses nämlich einzig die Ausführungen der Kinder in indirekter Rede wieder (vgl. Prot. I. S. 24 f.). Betreffend das Vorbringen des Beklagten, die Kinder müssten zur Betreuungssituation während des Zusammenlebens der Parteien befragt werden, um festzustellen, wer die Betreuung tatsächlich wahrgenommen habe, ist sodann zu bemerken, dass die Anhörung der Kinder gerade nicht dazu missbraucht werden darf, die Kinder über ihre Eltern auszufragen (FamKomm Scheidung/Schweighauser, Anh. ZPO Art. 298 N 14). Ohnehin haben die Kinder diesbezüglich bereits eindeutige Aussagen gemacht (vgl. Prot. I. S. 25). Des Weiteren finden sich im Protokoll entgegen der Darstellung des Beklagten auch Ausführungen zu den Freizeitbeschäftigungen der Kinder und deren Verhältnis zu den verschiedenen Familienmitgliedern (Prot. I. S. 25). Das soziale Umfeld beziehungsweise

die Freizeitgestaltung der Kinder wurde somit in die Kinderanhörung miteinbezogen. Schliesslich erstaunt die Behauptung des Beklagten, die Kinder hätten ihm gegenüber schockiert reagiert, als sie erfahren hätten, dass sie aus dem Haus ausziehen und zur Klägerin ziehen sollen, vor dem Hintergrund, dass E.\_\_\_\_\_ sich - wie sich aus der Protokollnotiz auf Seite 26 des vorinstanzlichen Protokolls ergibt - offenbar im Rahmen der Kinderanhörung beim vorinstanzlichen Richter erkundigte, wie lange es dauern würde, bis sie ausziehen würden. Offensichtlich wurden somit die Konsequenzen der Obhutszuteilung anlässlich der Kinderanhörung - entgegen der Darstellung des Beklagten - thematisiert.

3.3.2. Im Rechtsmittelverfahren ist eine erneute Anhörung nur erforderlich, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse seit der letzten Anhörung verändert haben (BSK ZPO-Steck, Art. 298 N 26; BGer 5A\_138/2012 vom 26. Juni 2012, E. 4; BGer 5C.247/2004 vom 10. Februar 2005, E. 6.3.2; BGer 5C.19/2002 vom 15. Oktober 2002, E. 2.1). Dies ist Ausdruck des Gedankens, dass eine Anhörung um der Anhörung willen zu vermeiden ist. Insbesondere ist von wiederholten Anhörungen abzusehen, wo dies für das Kind eine unzumutbare Belastung bedeuten würde, was namentlich bei akuten Loyalitätskonflikten der Fall sein kann, und überdies keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären oder der erhoffte Nutzen in keinem vernünftigen Verhältnis zu der durch die erneute Befragung verursachten Belastung stünde (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 298 N 3; BSK ZPO-Steck, Art. 298 N 22; BGE 133 III 553 E. 4; BGer 5A\_467/2011 vom 3. August 2011, E. 6.1; BGer 5A\_701/2011 vom 12. März 2012, E. 2.2.2.).

Der Beklagte behauptet nicht, es hätten sich die Fallumstände seit der letzten Anhörung der Kinder am 17. Dezember 2015 geändert. Vielmehr ist davon auszugehen, dass er mit einer erneuten Anhörung nicht neue, sondern andere Erkenntnisse erzielen möchte, was jedoch nicht das Ziel einer weiteren Anhörung der Kinder sein kann. Dass die Ergebnisse der vorinstanzlichen Anhörung nicht mehr aktuell sein sollten, ist zudem auch nicht aus dem an den Gerichtspräsidenten adressierten Brief von E.\_\_\_\_\_ (Urk. 34/4) abzuleiten. Dieser ist undatiert und hat keinen Eingang in die vorinstanzlichen Akten gefunden, sondern wurde vom Beklagten erstmals im Berufungsverfahren eingereicht. Der Beklagte hat allerdings weder vorgebracht, der Brief sei erst nach dem Ende der Hauptverhandlung des

erstinstanzlichen Verfahrens entstanden (echtes Novum i.S.v. Art. 317 Abs. 1 ZPO; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 56 f. unter Hinweis auf BGer 4A\_643/2011, E. 3.2.2), noch hat er dargelegt, dass der Brief zwar bereits zu diesem Zeitpunkt bestanden habe, von ihm aber trotz zumutbarer Sorgfalt im erstinstanzlichen Verfahren nicht habe vorgebracht werden können (unechtes Novum i.S.v. Art. 317 Abs. 1 ZPO; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 58 f. unter Hinweis auf BGer 4A\_643/2011, E. 3.2.2), weshalb dieser im Berufungsverfahren nicht beachtet werden kann. Ohnehin sind dessen ungeachtet keine Gründe ersichtlich, weshalb es bei E.\_\_\_\_\_ seit der Mitte Dezember 2015 erfolgten Kinderanhörung zu einem plötzlichen Meinungsumschwung gekommen sein sollte. Auch der Beklagte vermochte keine Begründung hierfür zu liefern. Überdies wäre mit der Klägerin (vgl. Urk. 36 S. 6) einig zu gehen, dass die Wortwahl im Brief nicht einem neunjährigen Kind entspricht und eine diesbezügliche Einflussnahme durch eine Drittperson nicht ausgeschlossen werden kann. Im Ergebnis ist somit der Antrag des Beklagten auf eine erneute Anhörung der Kinder abzuweisen.

### III.

#### A) Obhut

1. Die Vorinstanz erwog in Bezug auf die Obhutzuteilung über die Kinder D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, die Erziehungsfähigkeit beider Elternteile stehe ausser Frage. Das bisherige Zusammenleben und die Lage des ehelichen Hauses bzw. der Gesichtspunkt der Konstanz der Familienverhältnisse würden für den Verbleib der Kinder beim Beklagten sprechen. Allerdings hätten sie dort bis vor kurzem bloss über ein gemeinsames, nicht abschliessbares Zimmer im Dachstock verfügt, das zudem zu kalt und wenig kindergerecht eingerichtet gewesen sei. Bei der Klägerin stehe ihnen je ein eigenes Kinderzimmer zu. Die Wohnung befinde sich sodann noch in Gehdistanz zum Schulhaus G.\_\_\_\_\_ und führe über keine weitere gefährliche Strasse als beim bisherigen Schulweg, da die zusätzlich zu überquerende Hauptstrasse (...strasse) eine Unterführung aufweise. Eine Beglei-

tung der Kinder auf dem Schulweg sei angesichts ihres Alters unnötig; zudem bestehe (gerichtsnotorisch) vor dem Schulhaus ein Lotsendienst. Die Kinder selber hätten in der Anhörung klar den Wunsch geäußert, bei der Klägerin zu bleiben, wenngleich ihnen diese Frage explizit nicht so gestellt worden sei. Letztlich ausschlaggebend sei, dass die eigene Betreuung gegenüber der Fremdbetreuung den Vorrang genieße. Unter die Fremdbetreuung falle auch die Betreuung durch Angehörige wie vorliegend die Grosseltern. Dies spreche für die Klägerin. Sie habe bei Annahme einer 60 %-Stelle mindestens zwei Tage unter der Woche frei bzw. könne ihre Arbeitszeiten mutmasslich flexibler und auf die Bedürfnisse der Kinder besser abgestimmt vereinbaren als der Beklagte, der jeden Arbeitstag von früh morgens bis spät abends ausser Haus sei. Hinzu komme der gleichlautende Wunsch der Kinder. Die örtliche Veränderung führe auch nicht (zwingend) zu einem Wechsel des Schulhauses, da dieses weiterhin in Gehdistanz liege. Die Wohnung der Klägerin sei ausreichend gross und deren Erziehungsfähigkeit stehe ausser Frage. Der Verbleib der Kinder beim Beklagten demgegenüber wäre letztlich eine Bevorzugung der Grosseltern gegenüber der eigenen Mutter. Eine solche Lösung stehe im Widerspruch zur Rechtsordnung, welche im Normalfall die Erziehung der Kinder den Eltern (und nicht den Grosseltern) auferlege (unter Hinweis auf Art. 302 ZGB). Es sei auch nicht entscheidend, dass sich damit wesentliche Kosten ersparen liessen bzw. dass sich die finanziellen Verhältnisse der Parteien verbessern würden. Zweifellos sei es richtig, dass mit einer Fremdbetreuung (Mittagstisch) während der (geplanten) Berufstätigkeit der Klägerin Kosten entstünden und sich die Klägerin bei einer Zuteilung der Obhut der Kinder an den Beklagten eine 100 %-Erwerbstätigkeit anrechnen lassen müsste. Solche finanziellen Überlegungen könnten für sich allein nicht zu einer Umkehr des Grundsatzes der Eigenbetreuung vor der Fremdbetreuung führen. Anderweitige Umstände, welche gegen die Betreuung durch die Klägerin sprechen würden, bestünden nicht. Es sei daher der Klägerin ab deren Bezug der Wohnung an der F. \_\_\_\_\_-Strasse in ... die Obhut über die beiden Kinder zuzuteilen (Urk. 28 E. 4.5 ff.)

2. Der Beklagte verlangt berufsungsweise die Zuteilung der Obhut über die Kinder an sich (Urk. 31 S. 2.). Die Klägerin beantragt in der Berufungsantwort die

Abweisung der Berufungsanträge des Beklagten und somit die Bestätigung der vorinstanzlichen Obhutszuteilung an sie (Urk. 40 S. 2). Auf die diversen Vorbringen der Parteien ist im Folgenden im Zusammenhang mit den einzelnen Kriterien für die Obhutszuteilung einzugehen.

3.1. Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Massgebend bei der vorzunehmenden Beurteilung ist damit primär das Kindeswohl und alle dafür wichtigen Umstände. Die Interessen der Eltern sind dabei von sekundärer Bedeutung. Im Einzelfall ist es schwierig festzustellen, was das Kindeswohl erfordert, denn das Kind hätte es zumeist nötig, zu beiden Elternteilen intensiv und konstant die Beziehung aufrecht erhalten zu können. Das Bundesgericht hat im Übrigen versucht, eine gewisse Hierarchie in die Zuteilungskriterien zu bringen. Demnach muss vorab die Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Ist diese bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Unter Umständen kann die Möglichkeit der persönlichen Betreuung auch dahinter zurücktreten. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte. Bei der Beurteilung der für die Obhutszuteilung massgebenden Kriterien verfügt das Gericht über einen grossen Ermessensspielraum (vgl. Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 133 ZGB N 10; BGE 115 II 206 E. 4a; BGE 115 II 317 E. 2 und 3; BGE 117 II 353 E. 3; BGer 5A\_157/2012 vom 23. Juli 2012, E. 3.1).

### 3.2. Erziehungsfähigkeit

3.2.1. Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe voreilig und ohne genügende Sachverhaltsabklärungen die Erziehungsfähigkeit der Klägerin angenommen. Im Ge-

gensatz zur Klägerin, die sich in diesen Angelegenheiten nie habe involvieren wollen, sei er mit den Behörden, der Schule und dem Lehrer in Kontakt gestanden und über bevorstehende Aktivitäten, Prüfungen und Hausaufgaben der Kinder informiert gewesen. Einerseits hänge dies mit der mangelnden Integration der Klägerin zusammen, andererseits sei sie nicht interessiert, was in schulischen Angelegenheiten alles zu beachten sei. Die Klägerin spreche nicht sehr gut Deutsch und habe anlässlich der Verhandlung auch einen Dolmetscher benötigt. Sie habe den Kindern bei den Hausaufgaben nicht helfen können und wollen. Er hingegen fördere seine Kinder individuell und altersentsprechend, motiviere sie, stehe ihnen bei Fragen und Problemen zur Seite und übe mit ihnen für Prüfungen. Die fehlende Erziehungsfähigkeit der Klägerin zeige sich beispielsweise darin, dass sie eines Tages bei den Nachbarn geklingelt und gefragt habe, wo ihre Kinder seien. Sodann interessiere sie sich nicht dafür, wenn ihre Kinder einen Unfall hätten und ins Spital müssten. Als E. \_\_\_\_\_ nach einer Mandeloperation notfallmässig habe ins Spital eingeliefert werden müssen, sei die Klägerin lieber im Kosovo in den Ferien geblieben. Auch nach dem Velounfall von D. \_\_\_\_\_ habe sie, im Gegensatz zu ihm, der drei oder vier Tage bei D. \_\_\_\_\_ im Spital verbracht habe, mit ihrer Abwesenheit gegläntzt. Zudem habe sie nicht mitkommen wollen, als die Familie im Jahr 2015 Ferien im Kosovo gemacht habe (Urk. 31 S. 7 ff.; Urk. 49 S. 7 und 12 ff.).

3.2.2. Die Klägerin setzt dem entgegen, sie bestreite nicht, dass beide Parteien grundsätzlich erziehungsfähig seien. Sie habe oft die Hausarbeiten der Kinder kontrolliert und bestreite, dass sie dafür nicht genügend Deutsch spreche. Dass sie für die Gerichtsverhandlung einen Dolmetscher beigezogen habe, hänge mit der aussergewöhnlichen Situation zusammen. Eine ausserschulische Förderung der Kinder durch den Beklagten werde nicht verweigert, dazu würden vor allem auch die ausgedehnten Besuchswochenenden Möglichkeiten bieten. Die vom Beklagten vorgebrachten Beispiele ihrer mangelnden Erziehungsfähigkeit seien völlig unangebracht. Als sie einmal früher von der Arbeit nach Hause gekommen sei, habe sie E. \_\_\_\_\_, der um diese Zeit noch zuhause sein sollte, nicht angetroffen. Da auch die Grosseltern nicht Bescheid gewusst hätten, habe sie die Nachbarn gefragt, welche offenbar gesehen hatten, dass E. \_\_\_\_\_ schon etwas früher zur

Schule gegangen war. Als D.\_\_\_\_\_ vom Fahrrad gefallen sei, hätten die Grosseltern nur den Beklagten über das Geschehene informiert. Als sie von der Arbeit nach Hause gekommen sei und festgestellt habe, was geschehen sei, habe sie sich unverzüglich zu ihrer Tochter begeben. Bei der Mandeloperation von E.\_\_\_\_\_ habe es sich sodann nicht um eine überraschende Operation gehandelt. Da eine Woche später die Hochzeit ihres Bruders stattgefunden habe, habe man sich dazu entschieden, dass sie alleine mit D.\_\_\_\_\_ in den Kosovo reisen würde. Offenbar habe der Beklagte im Anschluss an die Operation nicht sichergestellt, dass E.\_\_\_\_\_ genügend Ruhe zugekommen sei, weshalb Komplikationen eingesetzt hätten. Aufgrund ihrer Abwesenheit habe sich der Beklagte in der Schweiz um E.\_\_\_\_\_ kümmern müssen. Auch sie und D.\_\_\_\_\_ seien aber umgehend aus dem Kosovo zurückgekehrt. Im Übrigen sei hinsichtlich der Ferien zu bemerken, dass der Beklagte ihr, als sie noch erwerbstätig gewesen sei, die Termine nicht mitgeteilt habe, sodass sie nie rechtzeitig beim Arbeitgeber habe Ferien verlangen können. Sie verfüge über ausreichende persönliche Kompetenzen, um in der Interaktion mit den Kindern ein dem Kindeswohl dienliches Erziehungsverhalten zu leben. Sie sei dazu in der Lage, die Bedürfnisse der Kinder im schulischen Bereich zu erkennen und spreche mit Lehrern über ihre Lernfortschritte und Förderungsmöglichkeiten. Es treffe auch nicht zu, dass sie schlecht integriert sei (Urk. 40 S. 8 ff. und 15).

3.2.3. Mit der Email des Nachbarn H.\_\_\_\_\_ (Urk. 34/2), welche der Beklagte erstmals im Berufungsverfahren einreichte, sollen die von ihm geltend gemachten Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Klägerin belegt werden. Weshalb der Beklagte trotz zumutbarer Sorgfalt vor Vorinstanz zur Einreichung eines solchen "Erfahrungsberichts" des Nachbarn nicht in der Lage gewesen sein soll, ist weder dargetan noch ersichtlich. Die Email des Nachbarn sowie die daraus abgeleiteten Vorbringen des Beklagten haben daher als verspätet zu gelten und sind im Berufungsverfahren nicht zu beachten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Ebenfalls neu und somit im Rechtsmittelverfahren aufgrund von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht zu berücksichtigen sind die im Berufungsverfahren erhobenen Vorwürfe, dass die Klägerin bei den Nachbarn habe klingeln müssen, um zu fragen, wo ihre Kinder seien, dass sie D.\_\_\_\_\_ - im Gegensatz zum Beklagten, der mehrere Tage bei ihr verbracht

habe - nach deren Unfall nicht im Spital besucht habe sowie dass die Kinder nachts online seien (Urk. 31 S. 9 f.; Urk. 49 S. 9 und 20).

Vor Vorinstanz wies der Beklagte zwar auf die seines Erachtens ungenügenden Deutschkenntnisse der Klägerin hin und führte aus, die Klägerin habe im Oktober 2015 nicht in die Ferien mitkommen wollen beziehungsweise sei lieber an die Hochzeit ihres Bruders gegangen als bei E.\_\_\_\_\_, der operiert werden müssen, zu bleiben (Prot. I. S. 10 und 17). Hingegen zweifelte er - auch mit diesen Aussagen - im Grundsatz die Erziehungsfähigkeit der Klägerin nicht an. Die Klägerin bestätigte im Rahmen der Befragung, dass sie Deutsch verstehe (Prot. I. S. 14). In Anbetracht dessen, dass die Klägerin von 2010 bis 2014 hierzulande berufstätig war und auch die Kinder im Rahmen der Kinderanhörung bestätigten, die Mutter habe in der Zeit, in der sie gearbeitet habe, Deutsch gelernt (Prot. I. S. 25), ist davon auszugehen, dass die Klägerin über ausreichende Deutschkenntnisse verfügt, um die beiden Kinder, welche die dritte und fünfte Primarklasse besuchen (vgl. Prot. I. S. 25) - soweit überhaupt erforderlich - bei den Hausaufgaben zu unterstützen. Dass sie - um der Eheschutzverhandlung folgen und die sich in deren Rahmen stellenden juristischen Fragestellungen verstehen zu können - einen Dolmetscher beizog (vgl. Prot. I. S. 5), ändert daran nichts. Die vom Beklagten erhobenen unsubstantiierten Vorwürfe, die Klägerin sei nicht in die Ferien mitgekommen beziehungsweise habe lieber an der Hochzeit ihres Bruders teilgenommen, als bei E.\_\_\_\_\_, der operiert worden sei, in der Schweiz zu bleiben, vermögen die Erziehungsfähigkeit der Klägerin im Übrigen nicht in Frage zu stellen. Selbst wenn sich die Klägerin im Zusammenhang mit der Hochzeit ihres Bruders tatsächlich so verhalten hat, wie der Beklagte dies schildert, handelte es sich um einen einmaligen Vorfall. Die Vorhaltung, dass die Klägerin im Oktober 2015, mithin im Monat vor Einreichung des Eheschutzbegehrens, nicht an den gemeinsamen Ferien teilgenommen haben soll, bildet eher Abbild einer nicht funktionierenden Ehe und lässt ebenfalls keine Rückschlüsse auf die erzieherischen Fähigkeiten der Klägerin zu.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen, welche an der Erziehungsfähigkeit der Klägerin zweifeln lassen würden.

### 3.3. Persönliche Betreuung

3.3.1. Der Beklagte macht zusammengefasst geltend, die Vorinstanz gehe bei ihrer Argumentation, die Klägerin habe bei Annahme einer 60%-Stelle mindestens zwei Tage unter der Woche frei bzw. könne ihre Arbeitszeiten mutmasslich flexibler und besser auf die Bedürfnisse der Kinder abgestimmt vereinbaren als er, von völlig falschen Parametern aus. Es habe sich bei der Familienkonstruktion der Parteien nicht um eine klassische Rollenverteilung, sondern um einen Mehrgenerationenhaushalt gehandelt. So hätten beide Parteien einer Erwerbstätigkeit nachgehen können. Die Hauptbetreuung der Kinder sei nicht durch die Klägerin, sondern durch ihn und die Grosseltern wahrgenommen worden. Nach wie vor - auch nach dem Auszug der Klägerin - Sorge er am Morgen für die Kinder und nehme mit ihnen das Frühstück ein. Über Mittag würden die Kinder nach Hause kommen, wo die Grossmutter oder die Tante das Mittagessen vorbereiten würden. Am Abend komme er oft vor 19:00 Uhr nach Hause, esse mit den Kindern gemeinsam Abendessen, spiele mit ihnen, schaue die Hausaufgaben an und bringe sie dann zu Bett. Die Kinder hätten anlässlich der Kinderanhörung ausgeführt, dass sie jeweils gegen 21:00 Uhr ins Bett gehen würden, was bedeute, dass er jeden Abend noch mindestens zwei Stunden mit ihnen verbringe. Auch hätten die Kinder ausgeführt, dass sie am Wochenende viel Zeit mit ihm verbringen würden, mit der Klägerin hätten sie hingegen nicht viel unternommen. Auch die Klägerin sei bei Annahme einer 60%-Stelle während drei Tagen pro Woche auf eine Fremdbetreuung angewiesen. Ohnehin sei fraglich, weshalb ihr nur zugemutet werden sollte, eine 60%-Stelle anzunehmen. Es gehe schliesslich nicht darum, dass die Kinder bei einer Obhutszuteilung an ihn nun plötzlich fremd betreut würden. Die Kinder seien seit jeher durch einen Familienbund betreut und aufgezogen worden, während die Parteien arbeiten gegangen seien. Eine weitere Betreuung nach dem bisher gelebten Konzept entspreche demnach gerade dem Kontinuitätsgedanken (Urk. 31 S. 6 ff., 11 und 13 ff.; Urk. 49 S. 6 ff.) .

3.3.2. Die Klägerin bringt vor, es habe sich beim Mehrgenerationenhaushalt um eine traditionelle, kulturell gefärbte Rollenzuweisung gehandelt. Nicht nur habe sie

die Hausarbeiten erledigen, sondern während vier der gelebten vierzehn Ehejahren zusätzlich ausser Haus einer Erwerbstätigkeit nachgehen müssen. Neben der zeitlichen Verfügbarkeit sei auch die Qualität der Betreuung zu berücksichtigen. Die adäquate Betreuung äussere sich vor allem auch in der aktiven Betreuung. Um die Bedürfnisse der Kinder habe sich daher immer sie selbst gekümmert und nicht die Grosseltern. Der Beklagte verlasse das Haus um sechs Uhr morgens. Die Kinder hätten in der Kinderanhörung bestätigt, dass sie den Beklagten nicht oft sehen würden und die Behauptung, dass sie abends um 19:00 Uhr, wenn er nach Hause komme, die Hausaufgaben noch nicht erledigt hätten und er mit ihnen auf Prüfungen übe, treffe nicht zu. Sie beabsichtige ein 60%-Pensum aufzunehmen. Der Beklagte habe unbestrittenermassen während des gesamten ehelichen Zusammenlebens Vollzeit gearbeitet. Es werde bestritten, dass er sich zusammen mit seinen Eltern um die Kindererziehung gekümmert habe. Sie habe letztmals im August 2014 gearbeitet und sich somit seit mehr als einem Jahr vor Einleitung des Eheschutzverfahrens vollzeitlich um die Kindererziehung und den Haushalt gekümmert. Die Parteien hätten somit vor der Trennung eine klassische Rollenverteilung gelebt. Bei den Freizeitaktivitäten sei sie nicht geduldet gewesen, sondern der Beklagte habe diese alleine mit den Kindern unternommen. Die Kinder hätten ausgeführt, dass sie sich um sie gekümmert habe. Es werde damit bestätigt, dass sie vor der Trennung die Hauptbezugsperson gewesen sei. Sie suche eine Stelle, bei der sie wochentags hauptsächlich während der schulischen Abwesenheit der Kinder arbeiten und nachmittags zuhause sein könne. Die restlichen Stellenprozentage werde sie an den Wochenenden, an denen die Kinder beim Beklagten seien, arbeiten. Eine Fremdbetreuung wäre damit einzig über Mittag notwendig (Urk. 40 S. 5 ff. und 17 f.).

3.3.3. Der Beklagte behauptet, wie bereits vor Vorinstanz, die Hauptbetreuung der Kinder sei während des Zusammenlebens der Parteien durch ihn und die Grosseltern väterlicherseits erfolgt. Vor dem Hintergrund, dass der Beklagte stets einer Vollzeiterwerbstätigkeit nachging, die Klägerin hingegen lediglich von 2010 bis 2014 eine Teilzeitanstellung hatte und insbesondere nach Verlust ihrer letzten Arbeitsstelle im August 2014 nach übereinstimmenden Angaben der Parteien nicht mehr erwerbstätig war (vgl. Urk. 14 S. 7; Urk. 16 S. 6 sowie hinsichtlich die

Teilzeitanstellung Urk. 17/8 und 11; Urk. 18/2-7), erscheint diese Darstellung wenig glaubhaft. Der Beklagte ging im Übrigen vor Vorinstanz selber von einer klassischen Rollenverteilung aus. So führte er nämlich aus, nachdem die Klägerin keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgegangen sei, habe sie natürlich im Haushalt mitgeholfen, was bei einer klassischen Rollenverteilung ganz normal sei (Prot. I. S. 8). D.\_\_\_\_\_ erklärte im Rahmen der Kinderanhörung, als ihre Mutter noch zuhause gewohnt habe, habe sie sich um die Kinder gekümmert, was von E.\_\_\_\_\_ bestätigt wurde, welcher berichtete, es habe meistens die Mutter die Betreuung wahrgenommen (Prot. I. S. 25). Dass die Kinder gleichzeitig ausführten (Prot. I. S. 25), mit der Mutter hätten sie vor der Trennung nicht viel unternommen, steht dazu nicht im Widerspruch, ist doch die tägliche Betreuung zuhause nicht mit ausserhäuslichen Aktivitäten und Ausflügen gleichzusetzen. Auch wenn, wie auch aus den Ausführungen der Kinder hervorgeht, der Beklagte - vor allem abends und an den Wochenenden - und die Grosseltern väterlicherseits während des Zusammenlebens der Parteien in der Betreuung der Kinder ebenfalls eine bedeutende Rolle gespielt haben, ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass die Klägerin bis anhin die Hauptbezugsperson der Kinder war.

Der Beklagte hat lediglich die Höhe der Sozialabzüge bestritten (vgl. Urk. 31 S. 19 f. sowie nachfolgend E. III.C.2.2.1), im Übrigen aber das der Klägerin von der Vorinstanz für ein 60%-Pensum angerechnete hypothetische Einkommen von Fr. 1'860.- netto (exkl. Kinderzulagen), nicht angefochten. Es ist somit seitens der Klägerin von einem 60%-Pensum auszugehen. Der Beklagte ist hingegen Vollzeit erwerbstätig. Er verlässt das Haus nach eigenen Angaben morgens um 07:00 Uhr und kommt gegen 19:00 Uhr nach Hause (Prot. I. S. 16). Die Kinder berichteten im Rahmen der Kinderanhörung, sie sähen den Vater nicht besonders oft. Wenn sie am Morgen aufstehen würden, sei er bereits weg und abends komme er gegen 19:00 Uhr nach Hause (Prot. I. S. 25). Angesichts der berufsbedingten Abwesenheiten des Beklagten ist davon auszugehen, dass er im Falle einer Obhutsteilung an ihn die Kinder zu einem wesentlichen Teil nicht persönlich betreuen könnte, sondern diese letztlich überwiegend von den Grosseltern beziehungsweise sonstigen Familienmitgliedern betreut würden. Etwas anderes wurde vom Beklagten nicht geltend gemacht, führte er doch vor Vorinstanz selber aus, seine El-

tern würden die Betreuung der Kinder wahrnehmen (Prot. I. S. 17) beziehungsweise es liege eine funktionierende Betreuungssituation vor, da im Mehrgenerationenhaushalt immer jemand zuhause sei, regelmässig das Mittagessen und das Abendessen gekocht werde und immer jemand da sei, der die Hausaufgaben mit den Kindern mache (Prot. I. S. 9 f. und 31). Eine solche Betreuung durch wechselnde Familienmitglieder, wenn auch in der gewohnten Umgebung, käme einer persönlichen Betreuung durch die leiblichen Eltern nicht gleich und - wie die Vorinstanz bereits zutreffend bemerkte (vgl. Urk. 28 E. 4.9) - ist der Erziehung der Kinder durch die Eltern der Vorzug zu gewähren.

Ist somit vorliegend davon auszugehen, dass die Klägerin mit lediglich einem 60%-Pensum in einem weit höheren Umfang die Kinder persönlich betreuen kann als der Vollzeit erwerbstätige Beklagte, spricht dies stark für die Zuteilung der Obhut an die Klägerin. Dass die Kinder dabei gelegentlich auch von den Grosseltern mütterlicherseits gehütet werden oder kurzzeitig allein sind (Urk. 53), relativiert die zeitlich höhere Verfügbarkeit der Klägerin für die Kinder nicht.

#### 3.4. Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse

3.4.1. Der Beklagte bringt vor, die Kinder sollten, trotz Trennung der Eltern, so wenig wie möglich ihr gewohntes Umfeld aufgeben müssen und ihr Leben ohne wesentliche Veränderungen weiterführen können. Für ihn sei wichtig, dass die Kinder in der gewohnten Nachbarschaft aufwachsen, weiterhin mit ihren eng befreundeten Nachbarskindern spielen könnten und nicht in eine fremde Umgebung verpflanzt würden. Mit dem Umzug zur Klägerin müssten die Kinder ihr persönliches soziales Umfeld aufgeben. Die Klägerin sei nicht sehr gut integriert, weshalb die Kinder künftig sehr viel weniger Kontakte hätten. Die Kinder hätten bei ihm - entgegen der Darstellung der Vorinstanz - je ein separates Zimmer zur Verfügung. Das kindgerecht eingerichtete Zimmer von D.\_\_\_\_\_ befinde sich im zweiten Stock, dasjenige von E.\_\_\_\_\_ im 3. Stock des Hauses. Auch wenn dieses Zimmer nicht abschliessbar sei, habe er dort seine Privatsphäre. Bestritten werde sodann, dass es kalt gewesen sei. Zu Unrecht halte die Vorinstanz fest, dass die örtliche Veränderung nicht zwingend zu einem Wechsel des Schulhauses führe, da dieses weiterhin in Gehdistanz liege. Der Schulweg betrage vom jetzigen Wohnort

circa 250 Meter, während die Wohnung der Gesuchstellerin an der F. \_\_\_\_\_ - Strasse 1.4 Kilometer vom Schulhaus entfernt liege. Der Schulweg wäre somit fünf Mal länger als bisher und es würde zu einem Schulhauswechsel kommen. Die Kinder müssten sich somit nach der Trennung der Eltern auch noch mit einem Schulhaus-, Klassenlehrer- und Schulkameradenwechsel auseinandersetzen und ihren Freundeskreis in der Nachbarschaft aufgeben, was mit dem Kindeswohl nicht vereinbar sei (Urk. 31 S. 5, 12 f. und 15).

3.4.2. Die Klägerin führt aus, prioritär sei die Betreuung durch die Eltern persönlich und nicht, dass die Kinder im gewohnten Umfeld und der gewohnten Nachbarschaft aufwachsen können. Auch am neuen Wohnort hätten die Kinder zahlreiche Kinder in ihrem Alter getroffen, mit denen sie spielen könnten. Da die Kinder auch ihr schulisches Umfeld nicht hätten verlassen müssen, könnten sie sich weiterhin mit den bisherigen Schulfreunden treffen. Es werde sodann bestritten, dass die Klägerin nicht gut integriert sei. Die Aussagen der Kinder zu ihrer Unterkunft in der vormals ehelichen Liegenschaft seien detailliert und klar, weshalb die Vorinstanz zutreffenderweise die Unterbringung im offenen, kalten Dachstock mit einem Pult für zwei Kinder als wenig kindgerecht und unangemessen bezeichnet habe. Es werde derzeit weder ein Schul- noch ein Klassenlehrerwechsel diskutiert (Urk. 40 S. 4 f., 15 f. und 18).

3.4.3. Nach dem Kriterium der Stabilität der Verhältnisse soll es nicht zu unnötigen Wechseln im örtlichen und sozialen Umfeld eines Kindes kommen. Für ein von der Trennung der Eltern betroffenes Kind ist ein wenigstens in allen anderen Beziehungen stabiles Umfeld besonders wichtig (*OGer ZH LY130017 vom 26.5.2014, E. III.B.3.4*). Die neue Wohnung der Klägerin befindet sich ebenfalls in der Gemeinde ..., nämlich an der F. \_\_\_\_\_ -Strasse ... (Urk. 27). Sie liegt nur 17 Minuten Fussweg von der vormals von den Parteien gemeinsam bewohnten ehelichen Liegenschaft entfernt (vgl. <https://www.google.ch/maps>). Durch einen Umzug der Kinder in die Wohnung der Klägerin wird somit nicht ausgeschlossen, dass sie weiterhin Kontakt zu ihren Freunden aus der bisherigen Nachbarschaft pflegen können. Beim Vorbringen, es werde zu einem Schulwechsel kommen, handelt es sich sodann um eine blosser Behauptung des Beklagten. Die Klägerin

machte demgegenüber bereits vor Vorinstanz geltend, die Kinder könnten weiterhin im G.\_\_\_\_\_ in die Schule gehen (Urk. 14 S. 7). Auch mit der Noveneingabe vom 14. Juni 2016 (Urk. 53) hat der Beklagte als Mitinhaber der elterlichen Sorge seine Behauptung nicht glaubhaft gemacht. Es ist somit mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass es nicht zu einem Wechsel des Schulhauses kommt, da dieses weiterhin in Gehdistanz liegt. Ein Schulweg von 1.5 Kilometern, somit von rund 19 Minuten (vgl. <https://www.google.ch/maps>), von der Wohnung der Klägerin bis zum Schulhaus G.\_\_\_\_\_ liegt denn auch in einem normalen Rahmen. Der Kontakt der Kinder zu ihren bisherigen Schulkollegen ist insofern auch sichergestellt. Von einer Entwurzelung der Kinder kann somit keine Rede sein, vielmehr ist die Stabilität des örtlichen und sozialen Umfelds für die Kinder bei einer Obhutszuteilung an die Klägerin gewährleistet.

### 3.5. Kindeswille

3.5.1. Der Beklagte macht geltend, die Vorinstanz führe völlig im Widerspruch zum Kinderanhörungsprotokoll aus, die Kinder hätten klar den Wunsch geäußert bei der Mutter bleiben zu wollen. Dies sei weder protokolliert noch gehe dies aus den Äusserungen der Kinder hervor. Auch stimme es nicht, dass sich die Kinder die Betreuung durch die Klägerin wünschen und aus dem ehelichen Haus ausziehen wollen würden. Vielmehr hätten die Kinder schockiert reagiert, als sie erfahren hätten, dass sie zu ihrer Mutter in eine neue Wohnung ziehen sollen (Urk. 31 S. 13 und 16).

3.5.2. Die Klägerin setzt dem entgegen, die Kinder hätten übereinstimmend erklärt, sie seien lieber bei der Mutter. Sodann werde bestritten, dass die Kinder schockiert auf die Mitteilung des Wohnortwechsels reagiert hätten (Urk. 40 S. 16 f. und 19).

3.5.3. Wie bereits erwähnt (vgl. E. II.3.3.1), erscheint das Vorbringen des Beklagten, die Kinder hätten ihm gegenüber schockiert reagiert, als sie erfahren hätten, dass sie zur Klägerin in eine neue Wohnung ziehen sollen, vor dem Hintergrund, dass sich E.\_\_\_\_\_ bereits anlässlich der Kinderanhörung vom 17. Dezember 2015 nach dem Umzugstermin erkundigt hat, wenig glaubhaft. Das Protokoll der

Kinderanhörung vom 17. Dezember 2015 hält des Weiteren fest, "D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ erklären übereinstimmend, sie seien lieber bei der Mutter" (Prot. I. S. 25). Anzeichen dafür, dass der geäusserte Kindeswille nicht den wirklichen Intentionen entsprechen würde, sind nicht erkennbar und wurden vom Beklagten auch nicht geltend gemacht. Vielmehr fällt auf, dass die Kinder auch über fünf Wochen nach dem Auszug der Klägerin aus der ehelichen Liegenschaft erklärten, lieber bei der Klägerin zu sein. Dass die Vorinstanz den klar geäusserten Kindeswillen mitberücksichtigte, ist somit nicht zu beanstanden.

### 3.6. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass beide Parteien und insbesondere auch die Klägerin erziehungsfähig erscheinen. Die Möglichkeit der persönlichen Betreuung, welche bei der Klägerin in einem weit grösseren Umfang besteht als beim Beklagten, spricht klar für eine Zuteilung der Obhut über die Kinder an die Klägerin. Sodann ist der von beiden Kindern geäusserte Wunsch, bei der Klägerin zu wohnen, zu berücksichtigen. Angesichts der kurzen räumlichen Distanz der Wohnung der Klägerin zur vormals von den Parteien gemeinsam bewohnten Liegenschaft, der damit verbundenen Vermeidbarkeit eines Schulwechsels und des garantierten Weiterbestehens des schulisch-sozialen Umfelds der Kinder, wird bei einer Zuteilung der Obhut an die Klägerin auch dem Kriterium der Stabilität der Verhältnisse genüge getan. Der Berufungsantrag Ziffer 1 des Beklagten ist folglich abzuweisen und die vorinstanzliche Obhutzuteilung an die Klägerin ist zu bestätigen.

#### B) Besuchsrecht

1. Der Beklagte bringt in der Berufungsbegründung vor, sollte die Obhut der Klägerin zugeteilt werden, sei ihm ein wöchentliches Besuchsrecht von Freitagabend 19:00 Uhr bis Montagmorgen 09:00 Uhr zu gewähren, da die Kinder immer sehr viel mit ihm unternommen hätten. Sodann sei das Ferienbesuchsrecht auf fünf Wochen auszudehnen, da er seine fünf Wochen Ferien mit den Kindern verbringen wolle (Urk. 31 S. 17 f.).

2. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, geht es trotz des guten Kontaktes des Beklagten zu den Kindern nicht an, ihm jedes Wochenende als Besuchszeit einzuräumen und die Klägerin von jedem Wochenendkontakt mit den Kindern auszuschliessen. Weiter ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass Kinder ab circa zwölf Jahren - sprich im Alter von D.\_\_\_\_\_ - an Wochenenden auch eigene Vorhaben realisieren (Sport, Freunde etc.) und nicht jedes Wochenende mit einem Elternteil verbringen möchten (AJP 2008 S. 87). Das Ferienbesuchsrecht von drei Wochen liegt zudem im gerichtsüblichen Rahmen und der Beklagte hat die von ihm verlangte Ausdehnung auf fünf Wochen lediglich mit seinen persönlichen Wünschen begründet und keine im Interesse der Kinder liegenden Gründe vorgebracht. Im Übrigen ist zu betonen, dass nach Absprache der Parteien ein weitergehendes Ferienrecht ohne Weiteres denkbar ist.

### C) Unterhalt

#### 1. Ausgangslage

1.1. Die Vorinstanz verpflichtete den Beklagten zur Leistung von monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen für die Kinder D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ von pro Kind Fr. 850.– (zuzüglich Kinderzulagen) ab dem Zeitpunkt des Übergangs von deren Obhut an die Klägerin sowie zu Ehegattenunterhaltsbeiträgen von monatlich Fr. 770.– ab 10. November 2015. Die Vorinstanz ging von einem Einkommen der Klägerin von Fr. 2'260.– (inkl. Quellensteuerabzug, inkl. Kinderzulagen) sowie von einem Einkommen des Beklagten von Fr. 5'968.– (inkl. 13. Monatslohn, inkl. Quellensteuerabzug) aus. Den Bedarf der Klägerin für sich und die beiden Kinder setzte die Vorinstanz auf Fr. 5'427.– und denjenigen des Beklagten auf Fr. 3'494.– fest.

1.2. Was die Kinderalimente anbelangt, lässt der Beklagte für den Eventualfall (dass er die Obhut über die Kinder D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ nicht erhält) beantragen, es sei festzustellen, dass er mangels Leistungsfähigkeit keinen Unterhalt an die gemeinsamen Kinder zu bezahlen habe (Urk. 31 Antrag 4). Sodann verlangt der Beklagte die gänzliche Aufhebung der Ehegattenunterhaltsbeiträge (Urk. 31 Antrag 5). Die Klägerin beantragt die Abweisung dieser Berufungsanträge (Urk.

40 S. 2). Im vorliegenden Berufungsverfahren sind sowohl das Einkommen als auch der Bedarf beider Parteien umstritten.

## 2. Einkommen der Klägerin

2.1. Die Vorinstanz erwog, die Klägerin beabsichtige die Wiederaufnahme einer ausserhäuslichen Erwerbstätigkeit von 60%. Gemäss dem Lohnrechner des Bundesamtes für Statistik liege der Medianwert für weibliches Raumpflegepersonal in der Region Zürich bei rund Fr. 3'750.– brutto (inkl. 13. Monatslohn). Nach Abzug der Sozialversicherungsprämien und der Quellensteuer resultiere ein Nettoeinkommen von rund Fr. 3'100.– einschliesslich Quellensteuerabzug. Bei einer 60%-Stelle ergebe sich somit ein anrechenbares Einkommen einschliesslich Quellensteuerabzug von Fr. 1'860.– zuzüglich Kinderzulagen (Urk. 28 E. 5.2).

2.2.1. Der Beklagte bringt vor, bei AHV-Abzügen von 5.15%, ALV-Abzügen von 1.1%, NBU-Abzügen von 2.18% und Quellensteuerabzügen von 5.36% (gemäss den alten Lohnabrechnungen der Gesuchstellerin) würden Abzüge von insgesamt 13.79% resultieren, was einen Nettolohn von rund Fr. 3'230.– ausmache. Für den Fall der Obhutszuteilung an die Klägerin sei ihr daher zumindest ein Einkommen von 60% zuzüglich Kinderzulagen anzurechnen, was Fr. 2'338.– (60% von Fr. 3'230.– + 2 x Fr. 200.–) ausmache (Urk. 31 S. 19 f.).

2.2.2. Die Klägerin hält dafür, die Berechnungen der Vorinstanz seien zutreffend. Da sie für ein bald zehn- und ein zwölfjähriges Kind die Erziehungsverantwortung trage, sei ihr gemäss bundesgerichtlicher Praxis maximal eine 50% Erwerbstätigkeit zuzumuten. Sie beabsichtige zu 60% erwerbstätig zu werden, weshalb maximal von einem Erwerbseinkommen von Fr. 2'260.– (inkl. Kinderzulagen) auszugehen sei (Urk. 40 S. 23).

2.3. Der Beklagte wendet sich gegen die Höhe der von der Vorinstanz für die Ermittlung des Nettoeinkommens berücksichtigten Abzüge, ohne jedoch konkret darzulegen, weshalb diese unzutreffend sein sollte, beziehungsweise weshalb seiner eigenen - gestützt auf drei Jahre zurückliegende Lohnabrechnungen der Klägerin (vgl. Urk. 18/2-7) vorgenommene - Berechnung der Abzüge der Vorzug

zu geben sein sollte. Er kommt insofern seiner Begründungspflicht im Sinne von Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht nach (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Da es sich vorliegend um ein hypothetisches Einkommen der Klägerin handelt, die Abzüge daher nur geschätzt werden können und der von der Vorinstanz für die Sozialversicherungsprämien (einschliesslich Vollzugskostenbeitrag GAV, Abzug Pensionskasse, Abzug Taggelder) und die Quellensteuer berücksichtigte Abzug von insgesamt rund 17% nicht als unangemessen erscheint, ist mit der Vorinstanz von einem anrechenbaren Einkommen der Klägerin für eine 60% Anstellung von Fr. 1'860.– (exkl. Kinderzulagen) auszugehen.

### 3. Einkommen des Beklagten

3.1. Nach Auffassung der Vorinstanz ist beim Beklagten von einem Einkommen von Fr. 5'968.– netto (inkl. 13. Monatslohn und Quellensteuerabzug) auszugehen. Die Hinzurechnung der Zulagen von Fr. 750.– und Fr. 200.– begründete die Vorinstanz damit, dass in der im Recht liegenden Bestätigung der Arbeitgeberin des Beklagten zwischen geschäftlichen und privaten Fahrten unterschieden werde. Bei privater Benutzung würden die Benzinkosten zulasten des Beklagten gehen, woraus zu schliessen sei, dass bei geschäftlich bedingten Fahrten der Arbeitgeber die Benzinkosten trage. Die Art und Weise wie die Bestätigung abgefasst sei, deute eher darauf hin, dass die Fahrt zum Arbeitsplatz zu den geschäftlich bedingten Fahrten gehöre. Diese stütze jedenfalls die Behauptung des Beklagten, die Zulagen seien als Entschädigung für das Benzin gedacht, nicht und deute eher auf die Version der Klägerin hin, wonach dem Beklagten ein vollgetanktes Fahrzeug zur Verfügung gestellt werde. Hinzu komme die in den Lohnabrechnungen gewählte Formulierung, welche klarerweise auf den Lohncharakter der Zulage hinweise. Die Zulagen dürften zudem die anfallenden Benzinkosten bei Weitem übersteigen. Bei einer Distanz von rund 82 km pro Weg würden im Monat rund 3'552 km ( $21.66 \times 2 \times 82$ ) anfallen, was bei einem Verbrauch von 9 l pro 100 km rund Fr. 460.– im Monat ausmache (Urk. 28 E. 5.3).

3.2.1. Der Beklagte macht geltend, die Anrechnung der Zulagen von Fr. 950.– als Lohnbestandteil sei falsch. Er erhalte die beiden Zulagen als Wegentschädigung für den Arbeitsweg und müsse dabei selber für das Benzin aufkommen. Die Be-

stätigung der Arbeitgeberin könne in keiner Art und Weise so gedeutet werden, dass die Fahrt zum Arbeitsplatz zu den geschäftlich bedingten Fahrten gehöre. Ansonsten würde dies auch bedeuten, dass der Arbeitsweg zur Arbeitszeit gehöre, was in keinem Arbeitsverhältnis der Fall sei. Mit geschäftlichen Fahrten seien Fahrten während der Arbeitszeit gemeint. Der Arbeitsweg gehöre eindeutig zu den privaten Fahrten. Aus der neu eingereichten Bestätigung seines Arbeitgebers sei ersichtlich, dass er das Benzin für seinen Arbeitsweg selber bezahlen müsse (Urk. 31 S. 20 f.).

3.2.2. Die Klägerin vertritt die Ansicht, sämtliche Zulagen hätten Lohncharakter. Obwohl sie schon an der ersten Verhandlung vor Vorinstanz bestritten habe, dass die Benzinkosten vollständig vom Beklagten zu tragen seien, habe dieser bis zum Abschluss des Hauptverfahrens diesen Beweis nicht erbracht. Erst mit der Berufungsschrift habe der Beklagte belegt, dass sämtliche Benzinkosten, auch für den Arbeitsweg, auf seine Kosten gehen würden. Diese Belege seien jedoch zu spät vorgelegt worden (Urk. 40 S. 23 f.).

3.3. Als Einkommen gelten alle regelmässig wiederkehrenden Einkünfte. Beim Arbeitnehmer ist das der Nettolohn mit allen Zulagen, insbesondere samt einem Anteil am 13. Gehalt. Spesen werden weggelassen, wenn sie glaubhaft effektive Auslagen ersetzen, und hinzugezählt, falls sie versteckten Lohn darstellen (Fam-Komm Scheidung/Vetterli, Art. 176 N 30; BGer 5A\_340/2008 vom 12. August 2008, E. 2).

Der Beklagte liess vor Vorinstanz ausführen, er arbeite seit einigen Monaten in ..., weshalb er als Wegentschädigung, resp. Benzinkosten und Unkostenbeitrag für den langen Arbeitsweg, Zulagen von Fr. 700.– und Fr. 250.– pro Monat erhalte. Diese Zulagen würden für effektive Zusatzkosten im Zusammenhang mit dem neuen Arbeitsweg anfallen, weshalb sie nicht in sein Nettoeinkommen eingerechnet werden könnten (Urk. 2 S. 4; Prot. I. S. 11 f.). Die im Berufungsverfahren neu eingereichte Bestätigung der Arbeitgeberin des Beklagten vom 12. Januar 2016 (Urk. 34/5), mit welcher belegt werden soll, dass der Beklagte die Benzinkosten für den Arbeitsweg selber bezahlen müsse, kann nicht mehr berücksichtigt werden, da der Beklagte nicht darlegt, weshalb diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht

schon vor erster Instanz vorgelegt werden konnte (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit der pauschalen Bemerkung, die Zulagen würden Lohnbestandteil darstellen, da dem Beklagten für den Arbeitsweg ein vollgetanktes Geschäftsauto zur Verfügung stehe (Urk. 14 S. 11; Prot. I. S. 18 und 29), vermag die Klägerin die Darstellung des Beklagten aber nicht zu entkräften. Zwar werden die Benzinkosten für den Arbeitsweg in der - vor Vorinstanz eingereichten - Bestätigung der Arbeitgeberin des Beklagten vom 10. Dezember 2015 (Urk. 25/14) nicht ausdrücklich erwähnt, sondern es wird darin lediglich festgehalten, dass der Beklagte berechtigt ist, ein Fahrzeug aus der Flotte der Arbeitgeberin von ... nach ... und retour zu transferieren und für private Fahrten sämtliche Benzinkosten zu seinen Lasten gehen. Zu berücksichtigen ist aber, dass - im Zusammenhang mit Art. 327a Abs. 1 OR, wonach der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen hat, und im Speziellen Art. 327b Abs. 1 OR, wonach dem Arbeitnehmer, der im Einverständnis mit dem Arbeitgeber für seine Arbeit ein von diesem gestelltes Motorfahrzeug benützt, die üblichen Aufwendungen für dessen Betrieb und Unterhalt nach Massgabe des Gebrauchs für die Arbeit zu vergüten sind - die Fahrten vom Wohnort zum gewöhnlichen Arbeitsort als Privatfahrten gewertet werden, welche nicht vom Arbeitgeber zu bezahlen sind (BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 327a OR N 3 und Art. 327b OR N 5; ZK-Staehelin, Art. 327a OR N 4 und Art. 327b OR N 3; Streiff/von Kaenel/Rudolf, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-326 OR, 7. Aufl., Art. 327b OR N 2; ZR 101/2002 S. 231). Vor diesem Hintergrund ist vorliegend davon auszugehen, dass die in der Bestätigung erwähnten privaten Fahrten auch den Arbeitsweg des Beklagten umfassen und sämtliche diesbezüglichen Benzinkosten somit zu seinen Lasten gehen.

Dass ihm - abgesehen von den Benzinkosten - für die Benutzung des Geschäftsautos weitere Aufwendungen (Öl, Service, Pneus, Reinigung, Wartung und Reparaturen) anfallen würden, hat der Beklagte nicht geltend gemacht. Vielmehr hat er ausdrücklich bestätigt, das Geld sei für das Benzin gedacht und er müsse nicht für den Service des Geschäftsautos aufkommen (Prot. I. S. 16). Dass dem Beklagten für seinen Arbeitsweg von ... nach ... monatliche Benzinkosten von Fr. 950.- anfallen, erscheint unrealistisch. Nach der zutreffenden Berechnung der

Vorinstanz (Urk. 28 E. 5.3), welcher sich im Übrigen auch der Beklagte im Rahmen der Berechnung seines Bedarfs in der Berufungsschrift anschloss (vgl. Urk. 31 S. 24 f.), ist vielmehr von monatlichen Benzinkosten von rund Fr. 460.– auszugehen. Den dem Beklagten ausbezahlten monatlichen Zulagen von insgesamt Fr. 950.– lassen sich insofern nur im Umfang von Fr. 460.– effektiv anfallende Spesen gegenüberstellen, weshalb der Restbetrag von Fr. 490.– zum (unangefochtenen) Nettolohn des Beklagten von Fr. 5'018.– (inkl. 13. Monatslohn, inkl. Quellensteuerabzug) hinzuzuzählen ist. Es ist daher von einem monatlichen Nettoeinkommen des Beklagten von insgesamt Fr. 5'508.– auszugehen.

#### 4. Bedarf der Klägerin

##### 4.1. Grundbetrag der Klägerin und der Kinder

a) Der Beklagte beanstandet, da die Obhut über die Kinder ihm zuzuteilen sei, seien die Grundbeträge der Kinder ihm anzurechnen. Zudem reduziere sich der Grundbetrag der Klägerin auf Fr. 1'200.– (Urk. 31 S. 21).

b) Angesichts dessen, dass die Kinder unter die Obhut der Klägerin zu stellen sind (vgl. E. III.A.3.6), erübrigen sich diesbezüglich weitere Ausführungen und es bleibt bei den von der Vorinstanz im Bedarf der Klägerin eingesetzten Beträgen.

##### 4.2. Miete

a) Der Beklagte bringt vor, die Mietzinskosten der Klägerin von Fr. 1'800.– seien übersetzt, da die Kinder unter seine Obhut zu stellen seien. Bei einem jedes zweite Wochenende durchzuführenden Besuchsrecht genüge eine 2 - 3 Zimmerwohnung für maximal Fr. 1'400.– (inkl. Nebenkosten) bei Weitem (Urk. 31 S. 21).

b) Die Klägerin hält entgegen, ihre Wohnungsmiete von Fr. 1'360.– zuzüglich Fr. 230.– Nebenkosten sei für eine dreiköpfige Familie angemessen (Urk. 40 S. 24).

c) Die Wohnkosten der Klägerin sind auf ihre effektiven Wohnkosten von monatlich Fr. 1'590.– (inkl. Nebenkosten) zu reduzieren (vgl. Urk. 37/1; Prot. I. S. 28).

Der Klägerin ist dahingehend zu folgen, dass es sich hierbei um einen für einen Dreipersonenhaushalt angemessenen Mietzins handelt.

#### 4.3. Krankenkasse

a) Der Beklagte beanstandet, es seien nicht die von der Vorinstanz berücksichtigten Krankenkassenprämien von insgesamt Fr. 433.–, sondern lediglich die persönlichen Krankenkassenkosten der Klägerin von Fr. 315.– anzurechnen (Urk. 31 S. 22).

b) Die Klägerin führt aus, ihre Grundversicherung habe sich für das Jahr 2016 um Fr. 32.50 auf Fr. 347.50 erhöht. Diese Kosten seien in ihrem Bedarf wie auch die Kinderkrankenkassenkosten von je Fr. 66.70 für D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ zu berücksichtigen (Urk. 40 S. 25 f.).

c) Die Darstellung der Klägerin, wonach sie ihre Versicherungspolice KVG trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz habe einreichen können, da der Familienvertrag auf den Beklagten lautete und die I.\_\_\_\_\_ [Krankenkasse] ihr ohne Einverständnis des Beklagten keine Auskunft erteilen wollte (Urk. 40 S. 25), wird durch das eingereichte Antragsformular zur Vertragstrennung der I.\_\_\_\_\_ datierend vom 10. März 2016 (Urk. 42/1) untermauert. Die im Berufungsverfahren neu eingereichte Versicherungspolice KVG (Urk. 42/2) ist demnach als echtes Novum zu berücksichtigen und es ist dementsprechend von einer Monatsprämie für Versicherungen nach KVG der Klägerin von Fr. 347.50 auszugehen. Die Prämien für Versicherungen nach KVG für die Kinder D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ betragen je Fr. 66.70 (Urk. 4/3-4). Nachdem die Kinder unter die Obhut der Klägerin zu stellen sind (vgl. E. III.A.3.6), sind im Bedarf der Klägerin Krankenkassenprämien von insgesamt Fr. 480.90 zu berücksichtigen.

#### 4.4. Berufskosten (Arbeitswegkosten, Kosten für auswärtige Verpflegung)

a) Der Beklagte moniert, die Arbeitswegkosten von Fr. 164.– seien weder ausgewiesen noch gerichtsnotorisch. Es sei auch noch nicht definitiv, wo die Klägerin arbeite und was für ein Abo sie benötige. Gehe man davon aus, dass die Klägerin in der Nähe ihres Wohnortes ... ihre Einsätze als Raumpflegerin wahrnehme, be-

nötige sie für maximal zwei Zonen ein Abo. Ausgehend von monatlichen Kosten von Fr. 63.– für ein ZVV-Abo für zwei Zonen, würden der Klägerin bei einer 60%-Stelle monatliche Kosten von Fr. 40.– anfallen. Die Kosten für die auswärtige Verpflegung von Fr. 120.– seien ebenfalls zu hoch. Die Klägerin habe zu Protokoll gegeben, dass sie die Mittagsbetreuung der Kinder selbst wahrnehmen wolle, was bedeute, dass sie zuhause essen werde. Es würden ihr somit keine auswärtigen Verpflegungskosten anfallen (Urk. 31 S. 22).

b) Die Klägerin führt aus, da sie die besten Aussichten habe, in ... zu arbeiten, benötige sie ein Abonnement für vier Zonen, welches Fr. 164.– monatlich koste. Ohne Ersparnisse werde sie kein günstigeres Jahresabonnement kaufen können (Urk. 40 S. 26).

c) Unter Berücksichtigung dessen, dass seitens der Klägerin eine 60%-Anstellung und ein Nettoeinkommen von Fr. 1'860.– (ohne Kinderzulagen) berücksichtigt wird (vgl. E. III.C.2), erscheint es vorliegend im Grundsatz gerechtfertigt, im Bedarf der Klägerin auch Kosten im Zusammenhang mit der Ausübung des Berufes aufzunehmen. Ausserdem ist der Klägerin auch für die Arbeitssuche ein angemessener Betrag für die Benützung des öffentlichen Verkehrs zuzugestehen (Six, a.a.O., Rz. 2.118).

Das Vorbringen des Beklagten, es sei davon auszugehen, die Klägerin werde ihre Arbeitseinsätze in der Nähe ihres Wohnortes ... wahrnehmen, weshalb von tieferen Abonnementskosten auszugehen sei, ist neu und - mangels Vorliegen der in Art. 317 Abs. 1 ZPO geregelten Ausnahmetatbestände - im Berufungsverfahren nicht zu hören. Ebenfalls verspätet und unbeachtlich ist die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe ausgeführt, die Mittagsbetreuung der Kinder selbst wahrnehmen zu wollen, was bedeute, dass sie zuhause essen und ihr keine auswärtigen Verpflegungskosten anfallen würden. Vor Vorinstanz hat der Beklagte die von der Klägerin geltend gemachten Kosten für die Berufsauslagen nämlich nicht substantiiert bestritten, sondern lediglich vorgebracht, solche seien der Klägerin erst im Zeitpunkt, in dem sie wieder eine Arbeitsstelle gefunden habe, und je nach Arbeitsort und Arbeitspensum anzurechnen (Prot. I. S. 13). Da sich aus den vorinstanzlichen Ausführungen der Klägerin ergibt, dass sie in einem grösseren

räumlichen Radius nach Stellen sucht (vgl. Prot. I. S. 29), erscheint es angezeigt, der Klägerin die von ihr geltend gemachten Auslagen für ein Monatsabonnement für vier ZVV-Zonen, welche sich - wie von der Vorinstanz korrekterweise angegeben - auf monatlich Fr. 164.- ([www.zvv.ch/zvv/de/abos-und-tickets/abos/netzpass](http://www.zvv.ch/zvv/de/abos-und-tickets/abos/netzpass)) belaufen, anzurechnen. Aufgrund der knappen finanziellen Verhältnisse der Parteien kommt der Erwerb eines - günstigeren - Jahresabonnements durch die Klägerin nicht in Frage. Der von der Klägerin für die Mehrauslagen für die auswärtige Verpflegung geltend gemachte Betrag erscheint vor dem Hintergrund, dass Mehrauslagen von Fr. 5.- bis Fr. 10.- pro Hauptmahlzeit angerechnet werden können (vgl. Ziff. III.3.2. des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich zur Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009), und bei der Klägerin von einem 60%-Pensum ausgegangen wird, als angemessen. Mit der Vorinstanz sind somit auch die Kosten für die auswärtige Verpflegung von Fr. 120.- anzurechnen.

#### 4.5. Kinderbetreuungskosten

- a) Die Vorinstanz berücksichtigte unter der Position Kinderbetreuung, mit Hinweis auf das Angebot der Stadt ... bei tiefen Einkommen der Eltern, die Kosten für drei Mittagessen wöchentlich für zwei Kinder von monatlich Fr. 400.- (Urk. 28 E. 5.4).
- b) Der Beklagte moniert, auch für den Fall, dass die Kinder unter die Obhut der Klägerin gestellt würden, rechtfertige es sich nicht, Kinderbetreuungskosten anzurechnen. Die eheliche Liegenschaft liege in kurzer Gehdistanz zur Schule. Die Kinder würden jeden Mittag bekocht und könnten über Mittag und nach der Schule nach Hause gehen. Diese Möglichkeit bestehe auch in Zukunft (Urk. 31 S. 22).
- c) Die Klägerin setzt dem entgegen, eine Rückkehr jeden Mittag zu den Grosseltern für das Mittagessen würden die Kinder, welche eine eher problematische Beziehung zu den Grosseltern hätten, nicht wünschen. Beide Kinder hätten erklärt, das Verhältnis zu den Grosseltern väterlicherseits sei nicht besonders gut (Urk. 40 S. 26 f.).

d) Nicht nur lassen die Ausführungen beider Kinder im Rahmen der Kinderanhörung auf Spannungen im Verhältnis zwischen den Kindern und den Grosseltern väterlicherseits schliessen (Prot. I. S. 25). Zu berücksichtigen ist auch, dass - während der Beklagte sich bereits vor Vorinstanz auf den Standpunkt stellte, die Kinderbetreuung sei durch die Grosseltern sichergestellt (vgl. Prot. I. S. 13) - die Klägerin vorbrachte, ihre Schwiegereltern hätten ihr gegenüber (im Zusammenhang mit der Annahme einer Teilzeitstelle durch sie im Frühling 2015) angekündigt, die Kinderbetreuung nicht mehr übernehmen zu können/wollen (Urk. 14 S. 7 und 10). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, im Bedarf der Klägerin die Kosten für den Mittagstisch der Kinder von Fr. 400.- zu berücksichtigen, um eine Betreuung der Kinder während der berufsbedingten Abwesenheiten der Klägerin zu garantieren.

## 5. Bedarf des Beklagten

### 5.1. Miete

a) Die Vorinstanz erachtete den hälftigen Mietzinsanteil des Beklagten von Fr. 1'850.- zuzüglich Nebenkostenanteil von Fr. 200.- für eine alleinstehende Person, auch unter Berücksichtigung der erforderlichen Räumlichkeiten für die Kinder bei Wahrung des persönlichen Verkehrs, als deutlich zu hoch. Sie hielt fest, ein Auszug aus dem mit seinen Verwandten gemeinsam gemieteten Haus sei dem Beklagten nicht zuzumuten und im Hinblick auf die Besuchsrechtswochenenden der Kinder auch nicht zweckdienlich. Es sei ihm aber zuzumuten, seinen Mietzinsanteil tiefer zu halten, indem auch seine Eltern einen Beitrag zu leisten hätten. Deren finanzielle Verhältnisse seien nicht dargelegt worden. Während der Vater offenbar eine IV-Rente beziehe, sei die Mutter des Beklagten noch im erwerbsfähigen Alter. Der Unterhalt für die eigene Familie gehe der Unterstützungspflicht für die Eltern vor, weshalb dem Beklagten lediglich der für eine alleinstehende Person angemessene Mietzins von Fr. 1'600.- (inkl. Nebenkosten) anzurechnen sei (Urk. 28 E. 5.5).

b) Der Beklagte rügt, eine Reduktion des Mietszinses auf Fr. 1'600.- sei nicht angezeigt. Es seien Ausführungen zu den finanziellen Verhältnissen der Eltern

gemacht worden. Die Eltern würden ihren Beitrag an die Familiengemeinschaft in Form von Naturalleistungen, nämlich in Form von Pflege, Erziehung der Kinder, Hausarbeiten und Putzen leisten. Sein Vater beziehe nur eine kleine IV-Rente und seine Mutter gehe keiner Erwerbstätigkeit nach. Die Kosten seien mit Fr. 1'850.– sodann auch bei weitem nicht zu hoch und die Nebenkosten ausgewiesen (Urk. 31 S. 24).

c) Der Beklagte setzt sich nicht mit dem zutreffenden Argument der Vorinstanz, dass die Unterhaltsbeiträge an unmündige Kinder und den Ehegatten anderen rechtlich oder moralisch geschuldeten Unterstützungsbeiträgen - wie vorliegend an die Eltern - vorgehen (Six, Eheschutz, 2. Aufl., Rz. 2.77; unter Hinweis auf OGer LP030117 vom 8. Dezember 2003, BGE 132 III 209 und BGer 5A\_481/2012 vom 23. August 2013, E. 3.4; FamPra 2014 S. 315), weshalb lediglich der für eine alleinstehende Person angemessene Mietzins von Fr. 1'600.– einschliesslich Nebenkosten anzurechnen sei, auseinander. Er beschränkt sich vielmehr darauf, das bereits vor Vorinstanz Vorgetragene zu wiederholen (vgl. Prot. I. S. 12 und 22). Damit genügt er der Begründungspflicht nach Art. 311 ZPO nicht (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Es bleibt somit bei dem von der Vorinstanz für die Wohnkosten des Beklagten berücksichtigten Betrag von Fr. 1'600.–.

## 5.2. Arbeitswegkosten

a) Der Beklagte bringt vor, indem die Vorinstanz ihm die Auslagen für das Benzin von Fr. 200.– und Fr. 750.– vollumfänglich als Lohn anrechne, dann aber in seinem Bedarf keine Fahrkosten berücksichtige, strafe sie ihn doppelt ab. Er habe für die Benzinkosten für den Arbeitsweg aufzukommen. Die Vorinstanz habe selber berechnet, dass bei einer Distanz von 82 km pro Weg im Monat rund 3'552 km anfallen würden, was bei einem Verbrauch von 9 l pro 100 km rund Fr. 460.– pro Monat ausmache (Urk. 31 S. 24 f.).

b) Die Klägerin entgegnet, der Beklagte habe der Vorinstanz nur belegt, dass er das Benzin für seine privaten Fahrten selber bezahlen müsse, weshalb ihm zutreffenderweise bei einem zur Verfügung gestellten Geschäftsauto keine Arbeitswegkosten angerechnet worden seien (Urk. 40 S. 28).

c) In Anbetracht dessen, dass die dem Beklagten für den Arbeitsweg anfallenden Benzinkosten bereits im Rahmen der Einkommensberechnung zu seinen Gunsten berücksichtigt wurden (vgl. E. III.C.3.3), sind im Bedarf des Beklagten keine Arbeitswegkosten anzurechnen.

### 5.3. Schulden

a) Hinsichtlich dem vom Beklagten für die Rückzahlung von Schulden gegenüber der J.\_\_\_\_\_ Bank geltend gemachten Betrag von Fr. 2'000.– stellte sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, aufgrund der knappen finanziellen Verhältnisse der Parteien werde kein Überschuss resultieren, sodass diese Schuldentilgung gegenüber Dritten ausser Betracht fallen würde (Urk. 32 E. 5.5).

b) Der Beklagte moniert, die Nichtberücksichtigung der Rückzahlung der Schulden in seinem Bedarf sei nicht gerechtfertigt und falsch. Er habe erklärt, dass sowohl er als auch die Klägerin bei der K.\_\_\_\_\_ Bank AG Kredite aufgenommen hätten. Die Parteien hätten jeweils beide den Antrag unterzeichnen müssen. Der Kredit lautend auf ihn sei aber von den Parteien für den Kauf eines Autos benötigt worden. Den Kredit, lautend auf die Klägerin, habe die Klägerin für ihre Reise in den Kosovo gebraucht. Ihr Bruder habe geheiratet und die Klägerin habe den Flug und die Reise finanzieren müssen und noch Geld für Geschenke mitgenommen, welche bei nahen Verwandten in diesen kulturellen Kreisen sehr grosszügig ausfallen würden. Da er beide Kredite seit Monaten regelmässig zurückbezahle und diese für die Familie gebraucht worden seien, müssten in seinem Bedarf monatlich Fr. 1'929.45 für die Schuldentilgung berücksichtigt werden (Urk. 31 S. 25).

c) Die Klägerin führt aus, es werde bestritten, dass Kreditabzahlungen im Notbedarf des Beklagten zu berücksichtigen seien. Sodann werde auch der Zweck der Aufnahme der Kredite bestritten. Zum Zeitpunkt der Hochzeit ihres Bruders im Juli 2014 sei weder ein Kredit aufgenommen, noch seien die beiden Kredite bei der K.\_\_\_\_\_ Bank erhöht worden. Sie sehe die Kontoauszüge (Urk. 25/17-18) im Eheschutzverfahren erstmals. Sie bestreite, je Geld vom Beklagten aus dieser Kreditverpflichtung erhalten zu haben. Diese Drittverpflichtung gehe aufgrund der

Mankosituation der Parteien der Unterhaltsverpflichtung des Beklagten nach (Urk. 40 S. 29).

d) Nach der Rechtsprechung gehen persönliche, nur einen Ehegatten betreffende Schulden gegenüber Dritten - auch gegenüber dem Fiskus - der familienrechtlichen Unterhaltspflicht nach und gehören nicht zum Existenzminimum, sondern sind nach dem Ermessen des Sachgerichts im Rahmen einer allfälligen Überschussaufteilung zu berücksichtigen (BGE 127 III 289 E. 2a/bb mit Hinweisen). Zum Bedarf hinzuzurechnen sind somit grundsätzlich nur diejenigen regelmässig abbezahlten Schulden, welche die Ehegatten für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen haben. Dieser Grundsatz kann willkürfrei dahingehend verstanden werden, dass es für die Berücksichtigung von Schulden im Notbedarf eines Ehegatten weder auf den Zeitpunkt der Entstehung oder der Fälligkeit der Schuld noch darauf ankommt, ob ein Ehegatte seine Schulden in guten Treuen abzahlt. Entscheidend ist einzig, dass die aufgenommene Schuld nicht bloss einem Ehegatten diene, sondern für den Unterhalt beider Ehegatten eingesetzt wurde (Urteil 5A\_131/2007 vom 8. Juni 2007, E. 2.2; BGer 5A\_747/2012 vom 2. April 2013, E. 5.3; Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz. 02.43).

Die Darstellung des Beklagten, wonach während der Ehe ein Kredit für den Erwerb eines Autos und ein Kredit im Zusammenhang mit der Hochzeit des Bruders der Klägerin aufgenommen, die Verträge von beiden Ehegatten unterschrieben und die Kredite mehrheitlich für die Klägerin eingesetzt worden seien (Prot. I. S. 16 und 32 f.), wurde von der Klägerin vor Vorinstanz bestritten. Sie stellte sich auf den Standpunkt, der Beklagte habe beide Kredite aufgenommen. Einmal habe nur er unterschrieben. Das andere Mal habe sie mitunterschreiben müssen, wobei sie vom Kredit lediglich Fr. 500.- für die Hochzeit und die Geschenke erhalten habe. Das restliche Geld sei vom Beklagten verwendet worden, möglicherweise für die Liegenschaft seiner Eltern im Kosovo. Das Geld sei auf jeden Fall nicht für die Familie verwendet worden und sie habe dieses Geld nie gesehen (Urk. 14 S. 12 f.; Prot. I. S. 29 f.). Die im Recht liegenden Kontoauszüge der K.\_\_\_\_\_ Bank AG (Urk. 12/17-18) vermögen keinen Aufschluss darüber zu geben, zu welchem Zweck die Kredite aufgenommen wurden. Der Beklagte hat weder die Kreditverträge, aus denen sich die Kredithöhe oder eine Solidarhaftung der Klägerin, noch

Belege, aus denen sich die Verwendung der aufgenommenen Mittel für die Bedürfnisse der Familie ergeben würden, eingereicht. Der Beklagte hat somit nicht glaubhaft gemacht, dass die bezogenen Kapitalien (vollständig) für den Unterhalt beider Ehegatten eingesetzt wurden. Eine Anrechnung der geltend gemachten Abzahlungsraten im Bedarf des Beklagten unterblieb somit zu Recht.

## 6. Zwischenfazit

Im Ergebnis wird im Bedarf der Klägerin die Miete um Fr. 210.– auf Fr. 1'590.– reduziert und die Krankenkassenprämie um Fr. 47.90 auf Fr. 480.90 erhöht. Auf Seiten des Beklagten kommt es zu einer Reduktion seines Einkommens von Fr. 5'968.– auf Fr. 5'508.–. Neu ergibt sich somit ausgehend von einem Familieneinkommen von Fr. 7'768.– und einem Gesamtbedarf der Parteien von Fr. 8'758.– ein Manko von Fr. 990.–. Die Teilung des Mankos (mit der möglichen Folge, dass unter Umständen beide Parteien unterhalb ihres Existenzminimums leben müssten) hat das Bundesgericht in Bezug auf den Schuldner verneint. Ihm ist ein bestimmtes Minimum in jedem Fall und unabhängig davon, wer Ansprecher des Unterhalts ist, zu garantieren (Hausheer/Spycher, a.a.O., N 02.63; BGE 123 III 1; BGE 133 III 57 E. 3). Da ein Mankofall vorliegt, errechnet sich die Unterhaltspflicht des Beklagten demgemäss aus der Differenz seines Einkommens und seines Bedarfs (vgl. OGer ZH LE140069 vom 29.1.2015 E. III.5.2). Die Leistungsfähigkeit des Beklagten beläuft sich somit auf monatlich insgesamt Fr. 2'014.– (Fr. 5'508.– abzüglich Fr. 3'494.–). Davon sind je Fr. 850.– den beiden Kindern und Fr. 314.– der Klägerin zuzuweisen.

## 7. Beginn der Unterhaltspflicht

7.1. Die Vorinstanz setzte die Kinderunterhaltsbeiträge ab dem Zeitpunkt des Übergangs der Obhut der Kinder an die Klägerin und die Ehegattenunterhaltsbeiträge ab dem 10. November 2015 fest. Sie argumentierte diesbezüglich, die Klägerin sei am 10. November 2015 aus der ehelichen Wohnung ausgezogen und lebe seither bei ihren Eltern in ... . Dass sie diesen Wohn- und Lebenshaltungskosten schulde, sei nicht geltend gemacht worden. Die Krankenkassenprämien seien bezahlt worden. Da die Klägerin nicht erwerbstätig sei, würden ihr keine mit

einer Erwerbstätigkeit verbundenen Kosten anfallen. Hingegen rechtfertige sich die Zusprechung des hälftigen Grundbetrages bei einer Wohngemeinschaft mit erwachsenen Personen sowie der Kosten für das Zugabonnement zwischen ... und ... sowie eines reduzierten Anteils Kosten für die Besuchsrechtsausübung. Insgesamt entspreche der reduzierte Bedarf dem für die Zukunft zuzusprechenden Unterhaltsbeitrag an die Klägerin persönlich von Fr. 770.– (Urk. 28 E. 5.7).

7.2.1. Der Beklagte macht mit Bezug auf die Festsetzung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen ab dem 10. November 2015 geltend, die Klägerin wohne gratis bei ihren Eltern und werde verköstigt. Sie müsse auch kein Putzmittel, Shampoo oder ähnliches bezahlen, was einen hälftigen Grundbetrag rechtfertigen würde. Auch habe sie nicht dargelegt, dass sie derzeit ein Zugabonnement zwischen ... und ... benötige. Für die alle zwei Wochen stattgefundenen Besuchsrechtswochenenden habe ihr Bruder die Kinder in ... abgeholt und sie nach ... gefahren. Die Vorinstanz habe nicht ausgeführt, weshalb die Klägerin ein Zugabonnement benötige. Auch würden ihr keine Kosten für die Besuchsrechtsausübung anfallen, da sie mit den Kindern bei ihren Eltern zu Hause esse und nicht geltend gemacht habe, dass sie für Aktivitäten mit den Kindern Geld benötige (Urk. 31 S. 18 f.).

7.2.2. Die Klägerin bringt mit Bezug auf den Beginn der Unterhaltsverpflichtung vor, sie habe bereits ab dem Auszug aus der ehelichen Wohnung Kosten für ihre Kleidung, Schuhe, Körperpflege, Mobilität usw. aufwenden müssen, so dass sie auf den persönlichen Unterhalt im Umfang von Fr. 770.– zuzüglich der Krankenkassenkosten ab dem 10. November 2015 angewiesen sei. Sie habe zwar bei ihren Eltern gratis wohnen können, die ihr von den Eltern zur Verfügung gestellten Barmittel müsse sie jedoch zurückgeben, da auch diese in bescheidenen finanziellen Verhältnissen leben würden (Urk. 40 S. 22 und 30 f.).

7.3. Die Vorinstanz hat der Klägerin mit ihrer Berechnung implizit eine Übergangsfrist zur Erzielung des ihr angerechneten Einkommens von Fr. 1860.– eingeräumt. Dies wurde nicht beanstandet, sondern der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, der - vor Bezug ihrer eigenen Wohnung - reduzierte Bedarf der Klägerin erreiche nicht die Höhe des zugesprochenen Unterhaltsbeitrages von Fr. 770.–. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Der Grundbetrag für eine allein-

stehende Person in Haushaltsgemeinschaft mit erwachsenen Personen beträgt gemäss Ziffer II des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (Kreisschreiben) Fr. 1'100.–. Hat jemand für seine Nahrungskosten nicht aufzukommen, so beträgt sein Notbedarf für Bekleidung, Reinigung und Instandhaltung von Kleidern und Wäsche, Gesundheitspflege und Kulturausgaben 50% des Grundbetrages gemäss Ziffer II des Kreisschreibens (Ziffer V des Kreisschreibens). Die Klägerin hat nicht geltend gemacht, sie schulde ihren Eltern Wohn- oder Lebenshaltungskosten, namentlich für das Essen, weshalb sich eine entsprechende Reduktion des Grundbetrages aufdrängt. Die übrigen vom Grundbetrag erfassten Auslagen fielen der Klägerin aber ungeachtet des (vorübergehenden) Zusammenlebens mit ihren Eltern an. Insbesondere hat die Klägerin auch vorgebracht, sie habe ihre persönlichen Effekten nicht mitnehmen können (Urk. 14 S. 6; Prot. I. S. 19), und der Beklagte hat bestätigt, sie habe die eheliche Liegenschaft mit einer Handtasche verlassen (Urk. 16 S. 4). In Anbetracht dessen, dass bereits der hälftige Grundbetrag von Fr. 550.– die zuzusprechenden Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 314.– übersteigt, erübrigen sich weitere Ausführungen zu den übrigen umstrittenen Positionen (Zugabonement, Kosten Besuchsrechtsausübung) des - bis Auszug aus dem Haushalt ihrer Eltern - reduzierten Bedarfes der Klägerin, und der Beklagte ist ab 10. November 2015 zu Unterhaltsbeiträgen von Fr. 314.– an die Klägerin persönlich zu verpflichten.

## 8. Zusammenfassung

Der Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin ab dem Zeitpunkt des Übergangs der Obhut der Kinder an sie für die Kinder D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 850.– zuzüglich allfälliger Kinder-/Ausbildungszulagen zu bezahlen. Zudem ist er zu verpflichten, der Klägerin für sich persönlich ab dem 10. November 2015 für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 314.– zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

#### IV.

##### A) Unentgeltliche Rechtspflege

1. Vor Vorinstanz wurde beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (vgl. Urk. 28). Beide Parteien stellten für das Berufungsverfahren wiederum ein entsprechendes Gesuch (Urk. 31 S. 3; Urk. 36 S. 2; Urk. 40 S. 31 f.), wobei das Gesuch des Beklagten bereits mit Beschluss vom 11. März 2016 (Urk. 39) gutgeheissen wurde.

2. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbehagen nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigenen Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Ein allfälliger Überschuss zwischen dem effektiv zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Notbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen und danach zu fragen, ob die gesuchstellende Partei mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert angemessener Frist selbst zu finanzieren. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ihr ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung: SWR Bd. 3, Bern 2001, S. 182 f. und 185 f.). Unter Vorbehalt der Fälle von Rechtsmissbrauch ist zudem jede Auf- und Anrechnung von hypothetischen Einkommen unzulässig (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 9).

3. Die Klägerin erzielt derzeit kein Erwerbseinkommen (Urk. 40 S. 31; Urk. 36 S. 8). Sie hat - unter Berücksichtigung der vom Beklagten zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge - ein Manko zu tragen (vgl. vorstehend E. III.C.6). Zudem verfügt sie über kein Vermögen, vielmehr sind Schulden (vgl. Urk. 25/18) vorhanden. Damit ist die Mittellosigkeit der Klägerin nach wie vor zu bejahen. Da der Prozessstandpunkt der Klägerin nicht aussichtslos und sie als rechtsunkundige Laiin zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtliche Vertretung angewiesen ist, ist ihr die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

#### B) Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 und § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichtes (GebV OG) eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 4'000.-.

1.2. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Gemäss ständiger Praxis der entscheidenden Kammer sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf die Kinderbelange (mit Ausnahme der Kinderunterhaltsbeiträge) - unabhängig vom Verfahrensausgang - den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (vgl. ZR 84 Nr. 41). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen mit Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge richten sich demgegenüber nach Obsiegen und Unterliegen.

1.3. Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren im Wesentlichen die Obhut über die Kinder D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, der Umfang des Besuchsrechts sowie die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge. Bei der Bemessung von Obsiegen und Unterliegen sind die Kinderbelange (exkl. Kinderunterhaltsbeiträge) einerseits und die Unterhaltsfrage andererseits gleich zu gewichten. Nach dem vor-

stehend Gesagten, sind die Parteien mit Bezug auf die Obhutszuteilung sowie die Regelung des Besuchsrechts je zur Hälfte als obsiegende Partei zu betrachten, zumal dem Beklagten gute Gründe für seine diesbezüglichen Anträge zuzubilligen sind.

1.4. Mit Bezug auf die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge beantragt der Beklagte für den Fall der Obhutszuteilung an die Klägerin, es sei festzustellen, dass er mangels Leistungsfähigkeit keinen Unterhalt an die gemeinsamen Kinder zu bezahlen habe. Zudem beantragt er, von einer Verpflichtung zur Leistung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen sei abzusehen (Urk. 31 S. 2). Die Klägerin hingegen verlangt die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides. Sie macht demnach im Berufungsverfahren - ausgehend von einer Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von zwei Jahren ab Aufnahme des Getrenntlebens - Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 55'030.- (21.5 x Fr. 1'700.- + 24 x Fr. 770.-) geltend. Nach erfolgter Korrektur des vorinstanzlichen Entscheides beträgt die Unterhaltspflicht des Beklagten über eine mutmassliche Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahme von zwei Jahren insgesamt Fr. 44'086.- (21.5 x Fr. 1'700.- + 24 x 314.-). Damit obsiegt der Beklagte mit Bezug auf die Unterhaltsfrage zu rund 20%.

1.5. Gesamthaft betrachtet obsiegt der Beklagte im vorliegenden Berufungsverfahren zu rund 1/3. Es rechtfertigt sich daher, der Klägerin 1/3 und dem Beklagten 2/3 der zweitinstanzlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen. Infolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sind die Gerichtskosten je einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt des Nachforderungsrechts des Staates (Art. 123 ZPO).

2. Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht nach den Tarifen im Sinne von Art. 96 ZPO eine Parteienschädigung zu und verlegt diese in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Die für die Festsetzung der Parteienschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV). Die volle Parteienschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 9, § 11 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 4'000.- festzusetzen. In Anbetracht des Verfahrensausgangs ist der Beklagte

zu verpflichten, der Klägerin eine auf 1/3 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'333.– zuzüglich 8% MwSt. (vgl. Urk. 40 S. 2), mithin Fr. 1'440.–, zu bezahlen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 und 6 bis 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 29. Dezember 2015 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

4. Die Obhut für die Kinder D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, wird der Klägerin ab deren Bezug der Wohnung an der F.\_\_\_\_\_-Strasse in ..., spätestens ab 1. Februar 2016, zugeteilt. Bis dahin verbleiben die Kinder in der Obhut des Beklagten.
5. Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ an jedem zweiten Wochenende jeweils ab Freitagabend, 19:00 Uhr, bis Montagmorgen, 09:00 Uhr, sowie in den geraden Jahren an Ostern, in ungeraden Jahren an Pfingsten und in jedem Jahr am zweiten Weihnachtstag auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen.

Darüber hinaus ist er berechtigt, die Kinder für drei Wochen jährlich während den Schulferien auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen. Das Ferienbesuchsrecht ist mindestens drei Monate im Voraus anzukündigen.

Ein weitergehendes Besuchsrecht nach gegenseitiger Absprache bleibt vorbehalten.

6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder ab dem Zeitpunkt des Übergangs von deren Obhut an die Klägerin monatliche, im Voraus auf den Ersten des Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 850.– pro Kind zu bezahlen, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinder- bzw. Ausbildungszulagen, sofern diese vom Beklagten bezogen werden.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sie persönlich ab 10. November 2015 einen monatlichen, im Voraus auf den Ersten des Monats zahlbaren Unterhaltsbeitrag von Fr. 314.– zu bezahlen.
8. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
9. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin zu 1/3 und dem Beklagten zu 2/3 auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen je auf die Gerichtskasse genommen.  
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
10. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine auf 1/3 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'440.– (inkl. 8% MwSt.) zu bezahlen.
11. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

12. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 3. August 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:  
mc