

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY180025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## Urteil und Beschluss vom 13. November 2018

in Sachen

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

Gesuchsteller und Berufungskläger

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

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 30. Januar 2018 (FE170332-L)**

**Verfügung und Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht  
Zürich, 2. Abteilung, vom 30. Januar 2018:**

**Es wird verfügt:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien seit dem 26. Februar 2017 auf unbestimmte Zeit getrennt leben.
  2. Die Kinder der Parteien, C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2012, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2013, werden für die Dauer des Scheidungsverfahrens bzw. Getrenntlebens unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
  3. Der Gesuchsteller ist für die Dauer des Scheidungsverfahrens bzw. Getrenntlebens berechtigt und verpflichtet, die Kinder wie folgt auf eigene Kosten zu betreuen:
    - an jedem zweiten Wochenende jeweils ab Freitagabend, 18.00 Uhr bis Sonntagabend, 18.00 Uhr,
    - jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr,
    - in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag bis Ostermontag und in Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstmontag bis Pfingstmontag; das auf diese Feiertagsbetreuung durch den Gesuchsteller folgende Wochenende verbringen die Kinder bei der Gesuchstellerin, womit die abwechselnde Wochenendbetreuung weitergeführt wird,
    - während 4 Wochen Schulferien pro Jahr.
- Die Parteien haben sich über die Aufteilung der Ferien jeweils mindestens drei Monate im Voraus abzusprechen. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Gesuchsteller in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Gesuchstellerin.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, für die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2012, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2013, rückwirkend ab 1. März

2017 für die weitere Dauer des Verfahrens bzw. Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) von

- CHF 1'500.- für C.\_\_\_\_\_ (davon CHF 0.- als Betreuungsunterhalt) sowie
- CHF 4'350.- für D.\_\_\_\_\_ (davon CHF 2'850.- als Betreuungsunterhalt) zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge und die Familienzulagen sind an die Gesuchstellerin zahlbar und zwar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, für die Gesuchstellerin persönlich rückwirkend ab 1. März 2017 für die Dauer des Verfahrens bzw. Getrenntlebens persönliche Unterhaltsbeiträge von CHF 1'250.- zu bezahlen. Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
6. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 4 und 5 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:

- Gesuchstellerin: CHF 4'500.- (durchschnittlicher Liegenschaftenertrag; z.Zt. nicht erwerbstätig)
- Gesuchsteller: CHF 16'000.- (selbständig; durchschnittliches Einkommen 2014–2016)
- C.\_\_\_\_\_ CHF 200.- derzeitige Kinderzulage
- D.\_\_\_\_\_ CHF 200.- derzeitige Kinderzulage

Familienrechtlicher Bedarf (erweitert):

- Gesuchstellerin: CHF 7'350.-
- Gesuchsteller: CHF 8'275.-
- C.\_\_\_\_\_: CHF 1'700.-
- D.\_\_\_\_\_: CHF 1'700.-

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.
8. Dieser Entscheid ist sofort vollstreckbar (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO).

Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen, von der Zustellung an, schriftlich beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammern, Postfach, 8021 Zürich, eingereicht werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

**Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).**

**Sodann wird erkannt:**

1. Das gemeinsame Scheidungsbegehren wird abgewiesen.
2. Den Parteien wird je eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um beim zuständigen Gericht schriftlich und im Doppel eine Scheidungsklage einzureichen. Darin haben sie insbesondere den Scheidungsgrund genau zu bezeichnen und ihre Rechtsbegehren zu den Nebenfolgen der Scheidung zu stellen. Die erforderlichen Belege sind zusammen mit der Scheidungsklage und zusätzlich je in Kopie für die Gegenseite einzureichen.
3. Die Entscheidunggebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. (Schriftliche Mitteilung).
7. (Berufung).

**Berufungsanträge:**

des Gesuchstellers und Berufungsklägers (Urk. 68):

- "1. Dispositiv Ziff. 3 der Verfügung vom 30. Januar 2018 sei aufzuheben und der Berufungskläger berechtigt zu erklären, die Kinder wie folgt auf eigene Kosten zu betreuen:
  - an jedem zweiten Wochenende jeweils ab Freitagnachmittag, Schulschluss, bis Sonntagabend, 19 Uhr
  - jeweils an Weihnachten vom 25. Dezember, 10 Uhr, bis 26. Dezember, 19 Uhr und in ungeraden Jahren vom 31. Dezember, 10 Uhr, bis 1. Januar, 18 Uhr
  - in Jahren mit gerader Jahreszahl an Ostern von Gründonnerstag, Schulschluss, bis Ostermontagabend, 19 Uhr, und in Jahren mit ungerader Jahreszahl über Pfingsten von Freitagnachmittag, Schulschluss, bis Montagabend, 19 Uhr
  - an den Betreuungswochenenden unmittelbar vorangehenden oder anschliessenden schulfreien Tagen, an Auffahrt von Mittwochmittag, Schulschluss, bis Sonntagabend, 19 Uhr
  - während der Hälfte der Schulferien (inkl. Weihnachtsferien)
2. In Abänderung von Dispositiv Ziff. 4 der Verfügung vom 30. Januar 2018 sei der Berufungskläger zu verpflichten, monatlich im Voraus für die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2012, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2013, ab 1. März 2017 für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) von je Fr. 1'500.– (Barunterhalt) zu bezahlen.
3. Dispositiv Ziff. 5 der Verfügung vom 30. Januar 2018 sei aufzuheben und der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten persönlich ab 1. März 2017 für die Dauer des Getrenntlebens monatlich im Voraus persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'850.– zu bezahlen.
4. In Abänderung von Dispositiv Ziff. 6 der Verfügung vom 30. Januar 2018 sei das Einkommen des Berufungsklägers mit 'Fr. 14'521.– (selbständig; durchschnittliches Einkommen der Jahre 2014 - 2017, inklusive Kinderzulagen)' und sein Bedarf mit 'Fr. 8362.–' festzuhalten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

## **Prozessualer Antrag**

"Es seien die Kinder C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ in geeigneter Weise anzuhören."

### der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 77):

"Es seien die Berufungsanträge 1 (Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 3 und Neuregelung Betreuungsregelung), 2 und 3 (Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 4 und 5 und Neuregelung Unterhaltsbeiträge der Kinder und der Berufungsbeklagten persönlich) sowie 4 (Abänderung Dispositiv-Ziffer 6 Einkommensangabe und Bedarf) wie auch die Kostenfolge und der prozessuale Antrag des Berufungsklägers vollumfänglich abzuweisen.

### **Eventualiter:**

1. In Abänderung von Dispositiv Ziff. 4 Abs. 1 der Verfügung vom 30. Januar 2018 sei der Berufungskläger zu verpflichten, für die Kinder C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2012, und D. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2013, rückwirkend ab 1. März 2017 für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) von je CHF 1'500.– (Barunterhalt) zu bezahlen.  
  
(Abs. 2 unverändert)
2. In Abänderung von Dispositiv Ziff. 5 Satz 1 der Verfügung vom 30. Januar 2018 sei der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten persönlich rückwirkend ab 1. März 2017 für die Dauer des Getrenntlebens monatlich im Voraus persönliche Unterhaltsbeiträge von CHF 4'100.00 (CHF 2'850.00 + CHF 1'250.00) zu bezahlen. (Satz 2 unverändert.)
3. Die weiteren Berufungsanträge 1 (Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 3 und Neuregelung Betreuungsregelung) und 4 (Abänderung Dispositiv-Ziffer 6 Einkommensangabe und Bedarf) sowie die Kostenfolge und der prozessuale Antrag des Berufungsklägers seien abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % MWSt) zu Lasten des Berufungsklägers."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Parteien haben am tt. Januar 2012 geheiratet. Am tt.mm.2012 kam Tochter C.\_\_\_\_\_ und am tt.mm.2013 der Sohn D.\_\_\_\_\_ zur Welt. Seit dem 26. Februar 2017 leben die Parteien getrennt. Der Gesuchsteller zog aus der ehe-lichen Wohnung an der E.\_\_\_\_\_ -Strasse in ... Zürich aus und bezog, um weiter-hin eine enge Beziehung zu den Kindern aufrechtzuerhalten, in unmittelbarer Nä- he an der F.\_\_\_\_\_ -Strasse eine Wohnung. Am 28. April 2017 reichten die Partei- en ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein. Gleichzeitig stellte die Gesuch- stellerin Anträge zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen. Für den weite- ren Prozessverlauf ist auf die angefochtene Verfügung zu verweisen (Urk. 69 S. 6 f.). Per 1. Juni 2017 zog die Gesuchstellerin mit den Kindern nach G.\_\_\_\_\_. Am 30. Januar 2018 erliess die Vorinstanz den vorstehend wiedergegebenen Ent- scheid, wogegen der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) am 22. Mai 2018 rechtzeitig Berufung erhob. Er leistete fristgerecht den Kosten- vorschuss (Urk. 73 und 74). Die Berufungsantwort datiert vom 6. Juli 2018 (Urk. 77). Mit Eingabe vom 30. Juli 2018 reichte der Gesuchsteller zur Berufungs- antwort eine Stellungnahme ein (Urk. 83), welche am 9. August 2018 der Ge- suchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 69).

2. Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 1 (Getrenntleben) und 2 (Obhut). Sie sind daher in Rechtskraft erwachsen (Art. 315 Abs. 1 ZPO), was vor- zumerken ist. Gegenstand der Berufung bildet die Besuchsrechtsregelung des Gesuchstellers und seine Unterhaltspflicht.

### **II.**

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Fest- stellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Beru-

fungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

2. Zweck der vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren ist eine Regelung für die Dauer des Verfahrens bis zum Endentscheid. Damit soll für die Dauer eines gegebenenfalls langen Verfahrens eine vorläufige Friedensordnung geschaffen werden, nicht jedoch darüber hinaus. Dem Sachgericht, das die Parteien und die weitere Umgebung des Kindes am besten kennt, kommt bei der Regelung des Besuchsrechts ein grosser Ermessensspielraum zu (BGE 131 III 209 E. 3). Die Berufungsinstanz hat sich darauf zu beschränken, in Ermessensentscheide der Vorinstanz nur einzugreifen, wenn dazu hinreichender Anlass besteht (vgl. BGer 5A\_265/2012 vom 30. Mai 2012, E. 4.3.2. mit Hinweisen, wonach sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden eine gewisse Zurückhaltung auferlegen dürfe; vgl. zum Ganzen: Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 469 ff.).

A: Persönlicher Verkehr

1. Vor Vorinstanz hatte der Gesuchsteller die Anordnung der gemeinsamen Obhut über die Kinder und die entsprechende Betreuung beantragt. Für den Fall der alleinigen Obhut an die Gesuchstellerin äusserte er sich zu einem allfälligen Besuchsrecht nicht (Urk. 68 S. 4). Die Vorinstanz wies das Begehren um gemeinsame Obhut ab. Sie erwog im Wesentlichen, es sei unbestritten, dass beide Parteien erziehungsfähig seien und die Kinder zu beiden Elternteilen eine gute und innige Beziehung hätten. Vorliegend sei offensichtlich die Gesuchstellerin wäh-



rend des Zusammenlebens hauptsächlich für die Kinderbetreuung zuständig gewesen, selbst wenn sie daneben regelmässig in einem Teilzeitpensum gearbeitet und der Gesuchsteller die Kinder in seiner Freizeit in einem gewissen Umfang mitbetreut haben sollte. Während die Gesuchstellerin unbestrittenermassen auch nach der Trennung über die erforderlichen persönlichen und zeitlichen Ressourcen für die Kinderbetreuung verfüge, erscheine es fraglich, ob der Gesuchsteller angesichts seines erheblichen Arbeitspensums als Selbständigerwerbender in der Lage sei, einen wesentlichen Anteil an der Kinderbetreuung - und sei es während sechs Wochen Schulferien - zu übernehmen. Entscheidend sei letztlich, dass die Parteien vorliegend zerstritten und gegenwärtig aufgrund des anhaltenden Trennungskonflikts mit gegenseitigen Schuldzuweisungen offensichtlich nicht in der Lage seien, zum Wohle ihrer Kinder in alltäglichen Belangen konstruktiv zusammenzuarbeiten, zumal gerade die Kinderbetreuung ein wesentlicher Bestandteil dieses Konflikts sei. Die aktuell ausgeprägte Konflikthaftigkeit zwischen den Parteien sowie - in geringerem Mass - die verbleibenden Bedenken über die zeitlichen Ressourcen des Gesuchstellers liessen die Zuteilung der alternierenden Obhut vorliegend nicht im Kindesinteresse erscheinen, zumal ohne Weiteres zu erwarten sei, dass der Konflikt bei Einräumung alternierender Obhut bzw. eines ausgedehnten Betreuungsanteils des Gesuchstellers weiter anhalte, wenn nicht eskaliere, indem beide Parteien weiterhin versuchen würden, das "Maximum" für sich herauszuholen, womit der Konflikt der Kinder dauernd (noch mehr als heute) präsent sein werde (Urk. 69 S. 20 ff.).

Dem Gesuchsteller - so die Vorinstanz weiter - sei selbstverständlich ein gerichtsübliches Besuchsrecht für die Kinder einzuräumen, welches zwischen den Parteien auch bereits weitgehend etabliert sei. Neben der 14-tägigen Wochenendbetreuung und der üblichen Feiertagsregelung sei dem Gesuchsteller angesichts seiner durchaus aner kennenswerten Bemühungen sowie der bisher problemlos verlaufenen Ferienbesuche ein ausgedehntes Ferienbesuchsrecht von jährlich vier Wochen zuzugestehen (Urk. 69 S. 23).

2. Im Berufungsverfahren ist die Besuchsrechtsordnung strittig. Der Gesuchsteller hält an einem Betreuungsrecht während der Hälfte der Freizeit, konkret an

jedem zweiten Wochenende und während der Hälfte der schulfreien Tage und der Schulferien, fest (Urk. 68 S. 2, 17). Die elterliche Obhut ist nicht Thema der Berufung. Entsprechend ist auf die Ausführungen der Parteien nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung nötig ist.

3. Der Gesuchsteller verweist vorab auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Praxis zu einer Ausweitung des Besuchsrechts tendiere und darauf, dass in der Romandie und im Tessin schon längst die hälftige Aufteilung der Wochenenden, Feiertage und Schulferien als Regel gelten würden (Urk. 68 S. 9 f.). Er reicht ferner ein Kurzgutachten zum Thema "Das angemessene Besuchs- und Ferienrecht" zu den Akten (Urk. 72/3).

Der Gesuchsteller kritisiert, die Vorinstanz schenke dem massgebenden Kriterium - dem Kindeswohl - ungenügend Beachtung. Sie würdige den Einzelfall lediglich mit dem knappen Verweis auf die "aner kennenswerten Bemühungen" des Vaters und auf die bisher problemlos verlaufenen Ferienbesuche. Für die Feststellung des Kindeswohls sei vorab die Meinung der Kinder abzuholen und eine Kinderanhörung durchzuführen. Würden die Kinder bestätigen, zum Vater eine gute Beziehung zu haben resp. gerne Zeit mit ihm verbringen zu wollen, so sei das Betreuungsrecht vor diesem Hintergrund in bestmöglicher Wahrung des Kindeswohls zu bemessen. Dies müsse bedeuten, ein grosszügiges Wochenend- und Ferienbetreuungsrecht zu gewähren, so dass die Kinder ihre Freizeit gleichbemessen mit beiden Elternteilen verbringen könnten. Die Erziehungsfähigkeit sei zweifellos gegeben. Der Gesuchsteller habe sodann überzeugend dargetan, dass er als hauptsächlich mit Planungs- und Beratungsaufgaben befasster Selbständigerwerbender mit nur punktuellen Kundenkontakten ohne weiteres in der Lage sei, die ihm zukommenden Zeitfenster mit den Kindern freizuhalten und sich Zeit für ihre Betreuung nehmen zu können. Seit Aufnahme des Getrenntlebens habe der Gesuchsteller die Kinder ausser jedes zweite Wochenende während folgender Zeiten betreut: Sommerferien 21. Juli bis 30. Juli 2017, Herbstferien 13. Oktober bis 20. Oktober 2017, Weihnachtsferien 29. Dezember 2017 bis 2. Januar 2018, Sportferien 9. bis 16. Februar 2018, Ostern 29. März bis 2. April 2018, Frühlingsferien 27. April bis 4. Mai 2018 (Urk. 68 S. 12 f.).

Weiter macht der Gesuchsteller geltend, auch die Wochenendbetreuungszeiten seien grosszügig zu bemessen, von Freitagmittag, Schulschluss, bis Sonntagabend, 19 Uhr. So könnten die Kinder in Ruhe beim Vater ankommen und mit ihm zwei ganze Abende ohne Reisewege erleben und es stehe auch genügend Zeit zur Verfügung, um gelegentlich ins Tessin zu fahren, wo die Eltern des Gesuchstellers leben würden, zu denen die Kinder eine sehr gute und herzliche Beziehung hätten. Im vorinstanzlichen Verfahren seien einzig die Betreuungsanteile (im Rahmen einer geteilten oder einseitigen Obhut) sowie finanzielle Belange strittig gewesen. Die Parteien seien nach der Trennung in der Lage gewesen, sich selbstständig über die Ferienzeiten des Gesuchstellers zu verständigen. Die angespannten und schwierigen Diskussionen in den ersten Monaten nach der Trennung seien inzwischen abgeklungen, und hätten jeher nur zwischen den Eltern stattgefunden ohne Involvierung der Kinder. Zudem seien auch Einigungen über Abweichungen von den fixen Übergabezeiten und Übergabeorten einvernehmlich möglich (Urk. 68 S. 13 f.). Auch eine während der Dauer des Zusammenlebens gelebte Rollenteilung mit Hauptbetreuung der Kinder durch den einen Elternteil spreche nicht gegen ein ausgedehntes Betreuungsrecht des andern Elternteils. Im Interesse der Kinder, insbesondere zur Wahrung von deren Recht und Bedürfnis nach einer guten und gleichwertigen Beziehung zum Vater auch in der veränderten Situation nach der Trennung, sei die Rollenteilung vor der Trennung kein massgebendes Kriterium für die Bemessung des Betreuungsanteils des Gesuchstellers (mit Hinweis auf das Kurzugutachten).

4. Die Gesuchstellerin schliesst sich im Wesentlichen den Erwägungen der Vorinstanz an. Sie macht unter anderem geltend, sie habe vor Vorinstanz dargelegt, dass zwischen dem Gesuchsteller und den Kindern aufgrund dessen häufigen Auslandsaufenthalten und dessen Persönlichkeit im Zeitpunkt der Trennung der Parteien nur eine punktuelle Beziehung bestanden habe. Bis zur Trennung der Parteien sei der Gesuchsteller als Erzieher der Kinder nicht präsent gewesen bzw. habe auf die Kinder, sofern er physisch anwesend gewesen sei, genervt und gestresst reagiert. Dies habe sich so ausgewirkt, dass der Gesuchsteller eben auch an den Wochenenden mit der Familie oder während den vier Wochen Ferien, die die gesamte Familie maximal pro Jahr gemeinsam verbracht habe, immer

wieder abends und auch tagsüber habe arbeiten müssen, was unbestritten geblieben sei. Es komme auch jetzt während den derzeit gültigen Besuchen an Wochenenden und in den Ferien vor, dass er arbeiten müsse. Dies zeige überdies deutlich, dass der Gesuchsteller, der in einer kundenorientierten Branche arbeite, eben gerade nicht so flexibel, wie behauptet, seine Arbeitszeit einteilen könne. Es werde bestritten, dass er nur "punktuellen Kundenkontakt" habe und seine Zeit frei bestimmen und einteilen könne. Der vom Gesuchsteller im November 2017 neu dargestellte, noch schlechtere Geschäftsgang lasse es gerade nicht zu, die Kinder unter der Woche oder durch ein am Donnerstag beginnendes verlängertes Wochenendbesuchsrecht zusätzlich zu betreuen (Urk. 77 S. 5 ff.).

5. Vorab ist über den prozessualen Antrag der Anhörung zu entscheiden. Die Vorinstanz erwog, auf eine (delegierte) Anhörung oder weitere Abklärungen hinsichtlich der beiden Kinder der Parteien, C.\_\_\_\_\_, 5-jährig, und D.\_\_\_\_\_, 4-jährig, sei im vorliegenden Verfahren zu verzichten, zumal keine ernsthaften Anhaltspunkte für eine verminderte Erziehungsfähigkeit der Parteien oder eine sonstige Kindeswohlgefährdung im Zusammenhang mit der Ausübung der Kinderbetreuung bestehen würden. Was die strittige Frage der Obhutszuteilung betreffe, sei einerseits zu berücksichtigen, dass die diesbezüglichen Wünsche der Kinder in ihrem jetzigen Alter für den Zuteilungsentscheid von vornherein nicht massgebend sein könnten. Andererseits bestünde aber die Gefahr, dass die Kinder – auch bei einer sorgfältig durchgeführten Befragung – zumindest indirekt in den vorliegenden Elternkonflikt miteinbezogen und einem Loyalitätskonflikt ausgesetzt würden (Urk. 69 S. 18).

Der Gesuchsteller beanstandet die unterbliebene Anhörung und beruft sich sowohl auf die gesetzliche Regelung wie die bundesgerichtliche Praxis (Urk. 69 S. 17 ff.). Die Gesuchstellerin ist der Auffassung, dass aufgrund des Alters der beiden Kinder auf eine Anhörung zu verzichten war. Auch hätten keine zwingenden anderen Gründe wie Erziehungsfähigkeit der Eltern oder eine Kindeswohlgefährdung für eine Anhörung gesprochen (Urk. 77 S. 22 f). Das Bundesgericht hat mit Entscheid BGE 131 III 553 E. 1.2.3 erkannt, dass bei Anordnungen über Kinder diese in geeigneter Weise durch das Gericht oder durch eine beauftragte

Drittperson persönlich anzuhören sind, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Diese Norm findet auf alle gerichtlichen Verfahren Anwendung, in denen Kinderbelange zu regeln sind. Sie gilt demnach nicht nur im Scheidungs-, sondern auch im Eheschutzverfahren sowie namentlich für die vorsorglichen Massnahmen im Sinn von Art. 276 ZPO und im Abänderungsverfahren nach Art. 134 ZGB. Weiter hat das Bundesgericht erkannt, dass im Sinne einer Richtlinie die Kinderanhörung grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich ist (vgl. BGE 131 III 553 E. 1). Da die Kinder das sechste Altersjahr noch nicht vollendet hatten, kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, das Recht unrichtig angewandt zu haben. Dass die Kinder eine gute Beziehung zum Vater haben, wird von der Gegenseite nicht substantiiert bestritten. Bei der Frage, wie das Besuchsrecht zu regeln ist, ist die Meinung der Kinder sodann nur ein Kriterium. Da die Vorinstanz im pendenten Scheidungsprozess die Tochter C. \_\_\_\_\_ anzuhören haben wird, und der Gesuchsteller die Scheidung im Jahr 2019 erwartet (Urk. 68 S. 27), mithin in einigen Monaten, ist auch im vorliegenden Rechtsmittelverfahren auf eine Anhörung zu verzichten.

6. Nach Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Bei der Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs steht das Kindeswohl im Vordergrund; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzutreten (BGE 130 III 585 E. 2.1 S. 587). Welche Ordnung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kindern angemessen ist, lässt sich nicht objektiv und abstrakt umschreiben, sondern entscheidet sich im konkreten Einzelfall nach gerichtlichem Ermessen (BGer 5A\_450/2015 vom 11. März 2016, E. 3.3, nicht publ. in BGE 142 III 481, aber in FamPra.ch 2016 S. 1036 [Auszug]; 5A\_323/2015 vom 25. Februar 2016, E. 3.1, in: FamPra.ch 2016 S. 506). Dabei hat sich nach aktueller Lehre und Praxis die Häufigkeit und Dauer der Besuchskontakte vor allem nach dem Alter des Kindes, seiner bisherigen Bindung zum anderen Elternteil und nach der Häufigkeit der bisherigen Kontakte zu richten (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 13).

7.1 Unter dem Aspekt der Stabilität der Verhältnisse bilden die Betreuungsanteile während des Zusammenlebens einen wichtigen Gesichtspunkt bei der Regelung der Eltern-Kinder-Kontakte nach einer Trennung. Der Gesuchsteller legt nicht dar und machte vor Vorinstanz nicht geltend, dass die beiden Kinder von beiden Elternteilen in ähnlichem Umfang betreut worden sind. Auch behauptet er nicht, er hätte die Kinder vor der Trennung mehr betreuen wollen. Vielmehr argumentiert er, die Rollenteilung vor der Trennung sei kein massgebendes Kriterium für die Bemessung der Betreuungsanteile (Urk. 68 S. 15). Allerdings bildet auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das bisher gelebte Betreuungsmodell faktisch den Ausgangspunkt der Überlegungen (BGE 142 III 612 E. 4.3; 142 III 481 E. 2.7). Die Vorinstanz hat die seit der Trennung praktizierte Besuchsrechtsordnung als Ausgangspunkt genommen (Urk. 69 S. 19 ff.). Dies scheint vorliegend der Situation angemessen, beruht diese doch auf einer einvernehmlichen Lösung. Die Kinder sind heute 6 und 5 Jahre alt. Die Tochter C.\_\_\_\_\_ besucht wohl die erste Klasse und der Sohn D.\_\_\_\_\_ den Kindergarten (vgl. Prot. I S. 5 f.). Es blieb im Berufungsverfahren unbestritten, dass die beiden Kinder jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend beim Gesuchsteller und ungefähr vier Wochen Ferien im Jahr mit ihm verbringen und dass das Besuchsrecht gut funktioniert (vgl. Urk. 77 S. 18). Substantielle Einwände werden jedenfalls von der Gesuchstellerin nicht vorgebracht. Zwar stellt die Gesuchstellerin die Erziehungsfähigkeit des Gesuchstellers weiterhin in Frage (Urk. 77 S. 18). Dass die Parteien nach wie vor Kooperationsschwierigkeiten haben, z. B. betreffend Kauf von Sandalen, Bekleidung etc., wie die Gesuchstellerin behauptet (Urk. 77 S. 20), spricht nicht gegen die Erziehungsfähigkeit des Gesuchstellers. Der Umstand, dass die Kinder die Kleider, die sie beim Vater tragen, mehrheitlich immer dort lassen (Urk. 77 S. 9, Urk. 83 S. 4), bedeutet nicht, dass die Kinder beim Vater keine wettergerechte Kleidung tragen, wie die Gesuchstellerin zu suggerieren scheint, wenn sie ausführen lässt: "Die Berufungsbeklagte packt demgegenüber den Kindern seit jeher wettergerechte Kleidung (inkl. entsprechender Schuhe) ein." (Urk. 77 S. 9). Es ist davon auszugehen, dass der Gesuchsteller fähig und willens ist, die Kinder gut zu betreuen. Wenn die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren lediglich ihren Standpunkt vor Vorinstanz wiederholt, wonach der Gesuchsteller

bis zur Trennung auf die Kinderbedürfnisse häufig überfordert und unadäquat reagiert habe, er aufbrausend gewesen sei und die Kinder wiederholt angeschrien habe (Urk. 77 S. 5 f.), genügt sie ihrer Rügepflicht nicht. Abgesehen davon hat die Gesuchstellerin an anderer Stelle ausgeführt, dass die Einschätzung der Erstinstanz, wonach keine ernsthaften Anhaltspunkte einer verminderten Erziehungsfähigkeit der Parteien bestehen würden, nicht zu beanstanden sei (Urk. 77 S. 23).

7.2 Die gerichtliche Besuchsrechtslösung gilt regemässig als Regelung für den Konfliktfall. Die Eltern können einvernehmlich eine andere Regelung leben. Im zu beurteilenden Fall konnten sich die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren nicht einigen. Daher ist der Hinweis des Gesuchstellers, dass in Vereinbarungen zunehmend ausgedehntere Besuchsrechte mit hälftiger Aufteilung der Ferien festgelegt würden (Urk. 68 S. 10), unbehelflich. Auch wenn in der lateinischen Schweiz seit längerem grosszügigere Besuchsrechtslösungen gewährt werden, erscheint die vorinstanzliche Anordnung dennoch nicht per se als unangemessen. Diese entspricht der gängigen Praxis. Fragen lässt sich, ob dem Wunsch des Gesuchstellers, die Kinder am Freitag bereits ab Schulschluss abzuholen, nachzukommen sei. Dies wurde damit begründet, dass die Kinder in Ruhe beim Vater ankommen und mit ihm zwei ganze Abende pro Wochenende und ohne Reisewege erleben könnten. Auch würde genügend Zeit zur Verfügung stehen, um gelegentlich die Grosseltern im Tessin zu besuchen (Urk. 68 S. 13). Die Gesuchstellerin wendet sich dagegen. Sie anerkennt zwar, dass die Kinder die Grosseltern sehr gerne hätten, allerdings sei die Hin- und Rückreise an einem Wochenende für die Kinder anstrengend und sollte daher die Ausnahme sein (Urk. 77 S. 19). Zudem macht sie geltend, die Kinder sollten ihre Hausaufgaben erledigen, ihren Hobbies nachgehen oder "Spielgspänli" treffen können. Auch hätte der Vater (mit italienischer Muttersprache) wegen der Sprachprobleme Schwierigkeiten, bei den Hausaufgaben zu helfen (Urk. 77 S. 19). Der Gesuchsteller opponiert. Erstens würden im Kanton Zürich in der Unterstufe grundsätzlich keine Hausaufgaben über das Wochenende aufgegeben und zweitens sei er aufgrund seiner Deutschkenntnisse sehr wohl in der Lage, seinen Kindern bei den Hausaufgaben zu helfen (Urk. 83 S. 4 f.). Dies blieb unwidersprochen. Dass der Gesuchsteller auch am (Schul-)Alltag seiner Kinder teilnehmen und sich aktiv beteiligen will, liegt im Kindeswohl.

Die Gesuchstellerin bleibt denn vage mit dem Hinweis auf "Hobbies nachgehen" oder "Spielspänli treffen". Mit einer Ausweitung des Besuchsrechts beginnend am Freitag nach Schulschluss kann dem Bestreben des Gesuchstellers, mehr Verantwortung für seine von ihm getrennt lebenden Kinder zu übernehmen, Rechnung getragen werden, und es ermöglicht eine kontinuierliche Beziehungspflege zwischen dem Gesuchsteller und den Kindern. Dies scheint gerechtfertigt. Da mit dieser Ausdehnung keine zusätzliche Übergabe und kein allenfalls belastender Wechsel zwischen den Wohnorten erfolgt, werden keine weiteren Anforderungen an die Kooperationsfähigkeit der Eltern gestellt. Auf die Kritik der Gesuchstellerin, es gäbe nach wie vor im Vorfeld jedes Besuchswochenendes eine Unmenge von Mails und Konfliktpotenzial (Urk. 77 S. 20), ist nicht näher einzugehen. Betreffend die Rückgabe am Sonntagabend ist indessen aufgrund des Alters der Kinder eine Rückgabe um 18 Uhr für den Regelfall zu bestätigen.

7.3 Zum weitergehenden Besuchsrecht an Ostern und Pfingsten sowie an Weihnachten/Neujahr bzw. an schulfreien Tagen wie vor Auffahrt äussert sich der Gesuchsteller nicht konkret. Allgemein führt er unter Berufung auf das Gutachten aus, dass das Kind grundsätzlich seine Freizeit mit den beiden gleich wichtigen und gleichwertigen Eltern soll teilen können (Urk. 68 S. 11). Zu prüfen ist im vorliegenden Fall nicht, ob der Betreuungsanteil im Sinne der ungefähr zu gleichen Teilen ausgeübten alternativen Obhut vertretbar ist, sondern darum, ob das vorinstanzliche Besuchsrecht angemessen erscheint. Bei der Festsetzung des Besuchsrechtes geht es denn nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln (BGer 5A\_922/2017 vom 2. August 2018, E. 6.1 m.H.). Mit der angefochtenen Regelung bleiben die regelmässigen Besuche der Kinder an Feiertagen beim Vater gewährleistet, was eine gute und tragfähige Beziehung ermöglicht, weshalb sie angemessen erscheint. Für das Massnahmeverfahren ist diese Anordnung zu bestätigen. Ebenso ist das bislang praktizierte Ferienrecht mit vier Wochen zu bestätigen. Auch wenn vom Gesuchsteller, der selbstständig erwerbend ist, nicht verlangt wird, mehr als 100 % zu arbeiten und er seine Zeit frei einteilen kann, wie er moniert (Urk. 83 S. 3), legt er nicht dar, wie er die Betreuung während rund 7 Ferienwochen pro Jahr organisieren will. Allein der



Hinweis, dass er seine Arbeitszeit frei einteilen könne, vermag nicht zu genügen. Insbesondere deshalb, da der Gesuchsteller Aufträge seiner bisherigen Hauptkunden verloren hat und - eigenen Angaben zufolge - sich intensiv um die Akquisition neuer Aufträge und Kunden bemüht (Urk. 68 S. 23) bzw. zu bemühen hat (vgl. unten Erw. B.1.6). Überdies widerspricht der Gesuchsteller der Behauptung der Gesuchstellerin nicht, dass die Parteien als Familie nicht mehr als vier Wochen Ferien miteinander verbracht haben (Urk. 77 S. 6).

7.4 Zusammenfassend ist der Gesuchsteller zu berechtigen und zu verpflichten, die beiden Kinder auf eigene Kosten wie folgt zu betreuen: an jedem zweiten Wochenende von Freitag ab Schulschluss bis Sonntag, 18 Uhr; jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr; in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag bis Ostermontag, und in Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsamstag bis Pfingstmontag; das auf diese Feiertagsbetreuung folgende Wochenende verbringen die Kinder bei der Gesuchstellerin, womit die abwechselnde Wochenendregelung weitergeführt wird; während 4 Wochen Schulferien pro Jahr.

B: Unterhalt

1. Einkommen Gesuchsteller

1.1 Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsteller arbeite als selbständiger Verkehrsingenieur bzw. als Geschäftsführer seiner zur Ausübung dieser Tätigkeit gegründeten Firma H.\_\_\_\_\_ GmbH. Die Parteien seien sich einig, dass er im Jahr 2014 ein steuerbares Nettoeinkommen von Fr. 152'860.–, im Jahr 2015 ein solches von Fr. 193'254.– und im Jahr 2016 ein solches von Fr. 140'869.– ausgewiesen habe. Dazuzurechnen sei vom Gesuchsteller tatsächlich erwirtschaftetes Einkommen, welches aus Gründen der Steuer- bzw. Vorsorgeoptimierung fiktiv über die H.\_\_\_\_\_ GmbH zugunsten der Gesuchstellerin abgerechnet worden sei. Nicht zu berücksichtigen sei jedoch das tatsächlich von der Gesuchstellerin als Buchhalterin erzielte Einkommen von Fr. 12'000.–. Entsprechend seien für 2014 Fr. 10'240.–, für 2015 Fr. 18'562.45 und für 2016 Fr. 61'529.– hinzuzurechnen. In den Jahren 2014 bis 2016 habe der Gesuchsteller ein durchschnittliches Netto-

Jahreseinkommen von Fr. 192'438.15 erzielt, was umgerechnet rund Fr. 16'000.– monatlich ergebe. Dieses Einkommen wurde dem angefochtenen Entscheid zugrunde gelegt.

Die Berücksichtigung des Jahresabschlusses 2017 verneinte die Vorinstanz mit folgender Begründung: Betreffend das Jahr 2017 mache der Gesuchsteller geltend, dass sich der Jahresumsatz seiner H. \_\_\_\_\_ GmbH im laufenden Jahr massiv reduzieren werde, da seine bisher grösste Kundin, die ... Eisenbahninfrastrukturgesellschaft "I. \_\_\_\_\_" aufgrund eines neuen europäischen Rahmenvertrags zusätzliche Anforderungen an die von ihr beauftragten Unternehmen stelle (Mindestanzahl Angestellte, Organisationsform), welche die Firma des Gesuchstellers nicht mehr erfüllen könne. Er rechne für das Jahr 2017 mit einem Jahreseinkommen von lediglich noch ca. Fr. 105'000.– netto. Dem Einwand des Gesuchstellers, bei den Jahren 2015 und 2016 habe es sich um nicht repräsentative 'Ausreisserjahre' gehandelt, welche bei der Einkommensermittlung ausser Acht zu lassen seien, könne nicht gefolgt werden. Die weitgehend unbestrittenen Einkommenszahlen in den Jahren 2014-2016 würden immerhin einen längeren Zeitraum abdecken. Der Gesuchsteller sei ein bekannter und gefragter Spezialist auf seinem Gebiet. Es erscheine daher wenig glaubhaft, dass sich sein Einkommen im Jahr 2017 plötzlich und dauerhaft auf nur noch Fr. 105'000.– geradezu halbieren sollte. Selbst wenn seine Firma grosse Aufträge der bisherigen Grosskundin I. \_\_\_\_\_ verloren haben sollte, wäre zu erwarten, dass der Gesuchsteller diesen Ausfall aufgrund seiner nationalen und internationalen Kontakte zumindest teilweise hälftig hätte auffangen können. Der vom Gesuchsteller vorgelegte Zwischenabschluss der H. \_\_\_\_\_ GmbH per Ende September 2017 werfe insbesondere die von der Gesuchstellerin aufgeworfenen Fragen nach der Verbuchung von angefangenen Arbeiten sowie den erfolgten, bereits erheblichen Eigenbezügen des Gesuchstellers auf, welche der Gesuchsteller in seiner anschliessenden Stellungnahme jedoch unbeantwortet gelassen habe. Einen (provisorischen) Jahresabschluss 2017 habe der Gesuchsteller demgegenüber nicht vorgelegt, angeblich, weil der Treuhänder noch keine Zeit gefunden habe. Aus all diesen Gründen erscheine es nicht glaubhaft, dass sich das Einkommen im Jahr 2017 gegenüber

den Vorjahren massgeblich und dauerhaft reduziert habe (Urk. 69 S. 32 f.). Entsprechend liess die Vorinstanz das Einkommen 2017 ausser Betracht.

1.2 Der Gesuchsteller rügt, er habe vor Vorinstanz dargelegt, dass der Umsatz seiner GmbH im Jahr 2017 erheblich zurückgegangen sei und dass darum auf ein mittleres Einkommen der Jahre 2014 - 2017 abzustellen sei. Er sei Ingenieur ETH und spezialisiert auf ... [Umschreibung der Spezialisierung] etc. Er habe, wie vor Vorinstanz ausgeführt, aufgrund eines neuen europäischen Rahmenvertrags mit einem neuen Vergabeverfahren (öffentliche Ausschreibung) für 2017 von der I. \_\_\_\_\_ keine oder nur noch wenige kleine dringende Aufträge erhalten. Er bemühe sich intensiv um die Akquisition neuer Aufträge und Kunden, habe aber noch keine neuen Aufträge erhalten können, welche die Einbusse durch den Wegfall der Grosskunden ausgleichen könnten. Der Abschluss des Geschäftsjahres 2017 sei im Urteilszeitpunkt noch nicht vorgelegen. Der Treuhänder sei wegen notorischer Arbeitsüberlastung Ende 2017/Anfang 2018 nicht in der Lage gewesen, den Abschluss zu erstellen. Mittlerweile lägen der Abschluss sowie die Lohnausweise für die Gesuchstellerin und den Gesuchsteller vor. Bei schwankenden Einkommen, insbesondere bei Selbständigerwerbenden, sei nach der Rechtsprechung auf den Durchschnitt einer als massgebend erachteten Zeitspanne - in der Regel der letzten drei Jahre - abzustellen. Bei stärkeren Schwankungen oder unklarer Grundlagen sei ggf. eine längere Periode herbeizuziehen. Der Gesuchsteller habe stichhaltige und nachvollziehbare Gründe angeben können, weshalb das Einkommen aus seiner GmbH nach zwei ausserordentlich guten Jahren erheblich gesunken sei. Unter Berücksichtigung der Jahre 2014 - 2017 bzw. des Nettojahreseinkommens 2017 von Fr. 119'704.- sei von einem durchschnittlichen Nettoeinkommen von Fr. 174'254.60 bzw. von rund Fr. 14'521.- bzw. abzüglich der Kinderzulagen von Fr. 14'121.- auszugehen (Urk. 68 S. 26). Die Vorinstanz erhebe zudem zu Unrecht Zweifel an der Buchhaltung und werfe ihm vor, die Verbuchung laufender Arbeiten erfolge nicht nach allzu strengen, unabänderlichen Kriterien. Er habe die Grundsätze der Verbuchung erläutert: Massgebend für die Verbuchung sei das Datum der erbrachten Leistungen, unabhängig davon, wann Rechnung gestellt werde. Abgesehen davon würde es dem Gesuchsteller nichts bringen, Leistungen ins Jahr 2018 zu verschieben, da im Rahmen der 2019 zu

erwartenden Scheidung der Parteien diese Einkünfte dannzumal gleichfalls berücksichtigt würden (Urk. 67 S. 26 f.).

1.3 Die Gesuchstellerin macht geltend, es sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf die weitgehend unbestrittenen, im Recht liegenden drei Jahresabschlüsse 2014 bis 2016 abgestellt habe (Urk. 77 S. 30). Beim neu eingereichten Jahresabschluss 2017 handle es sich um ein unzulässiges Novum. Es wäre dem Gesuchsteller zumutbar gewesen, diesen Abschluss bereits anlässlich der Verhandlung vom 30. Januar 2018 ins Recht zu legen. Die geltend gemachte notorische Überbelastung des Treuhänders reiche nicht aus, um die verzögerte Einreichung zu rechtfertigen. Sowohl der Zwischenabschluss wie auch der neu eingereichte Jahresabschluss 2017 hätten keine eigentliche Aussagekraft. Beide würden nach wie vor einige Unklarheiten aufwerfen. Überdies müsste 2017, wenn überhaupt, als negatives Ausreisserjahr für die Berechnung des Nettoeinkommens eines Selbständigerwerbenden nicht mitberücksichtigt werden (Urk. 77 S. 26 ff.).

1.4 Die Rechtzeitigkeit der im Berufungsverfahren eingereichten Jahresschlussrechnung 2017 ist mit Blick auf die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung zu bejahen. Das Bundesgericht hat in einem zur Publikation vorgesehenen Entscheid vom 2. Juli 2018 entschieden, dass im Bereiche des strengen Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 296 ZPO die Parteien mit der Berufung Noven vortragen können, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGer 5A\_788/2017 vom 2. Juli 2018, E. 4.2.1).

1.5 Der Gesuchsteller ist bei seiner GmbH angestellt und bezieht einen Lohn. Faktisch kommt ihm die Stellung eines Selbständigerwerbenden zu. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit der Reingewinn, der entweder als Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres) oder als Gewinn in einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird. Weil bei selbständiger Erwerbstätigkeit die finanzielle Verflechtung zwischen Unternehmerhaushalt und Unternehmung gross und intensiv ist und weil der Gewinnausweis sich relativ leicht be-

einflussen lässt, kann sich die Bestimmung der Leistungskraft eines Selbständig-erwerbenden als schwierig erweisen. Um ein einigermaßen zuverlässiges Resultat zu erreichen und namentlich um Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen, sollte auf das Durchschnittsnettoeinkommen mehrerer – in der Regel der letzten drei und bei grösseren Schwankungen allenfalls mehr – Jahre abgestellt werden. Auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse, können unter Umständen ausser Betracht bleiben. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt der Gewinn des letzten Jahres als massgebendes Einkommen, korrigiert insbesondere durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen. Gleichermassen müssen in der Jahresrechnung ausgewiesene, rein buchmässige, d.h. nicht liquiditätswirksame Einnahmen, wie z.B. die Auflösung von Rückstellungen, denen keine entsprechende Ausgabenposition gegenübersteht, bei der Ermittlung des massgeblichen Einkommens unberücksichtigt bleiben (BGE 143 III 617 E. 5.1 m.w.H.).

1.6 Die Vorinstanz hat auf die ausgewiesenen und im Recht liegenden Jahresabschlüsse der Jahre 2014 bis 2016 abgestellt. Damit ist sie im Sinne der erwähnten Rechtsprechung verfahren.

Die bereits der Vorinstanz eingereichte provisorische Jahresrechnung per 30. September 2017 weist einen Lohnaufwand von Fr. 50'981.– aus (Urk. 37/1). Davon entfallen auf den Gesuchsteller gemäss Bescheinigung Jahreslohnabrechnung 1.1.-30.9.2017 Fr. 44'500.– (Urk. 37/4) und auf die Gesuchstellerin (1.1.-31.5.2017) Fr. 6'481.– (Urk. 37/5). Ein Bruttolohn von Fr. 44'500.– für neun Monate entspricht einem mittleren Wert von brutto Fr. 4'944.– bzw. von netto Fr. 4'174.– (Urk. 37/4). Der Gesuchsteller erwähnte jedoch vor Vorinstanz mit keinem Wort, dass er sich aufgrund des schlechten Geschäftsganges im Jahr 2017 lediglich rund Fr. 4'200.– monatlich habe ausbezahlen können. Dies kann nur so verstanden werden, dass der Gesuchsteller wesentliche private Ausgaben über seine Consulting-Firma abgerechnet haben muss. Dies entgegen seinen Angaben vor Vorinstanz, wonach lediglich kleinere Auslagen wie die Kommunikationskosten und ein Mietanteil von Fr. 200.– von der H. \_\_\_\_\_ GmbH bezahlt würden

(Prot. I S. 28 f.). Umgekehrt wird in der neu eingereichten Erfolgsrechnung 2017 ein Lohnaufwand von Fr. 141'412.– ausgewiesen (Urk. 72/4 Anhang). Das würde einem Betrag von Fr. 90'431.– für das letzte Quartal 2017 (Fr. 141'412.– - Fr. 50'981.–) bzw. einem monatlichen Wert von Fr. 30'144.– entsprechen. Dies spricht gegen die Annahme, dass für das Jahr 2017 auf die deklarierten Beträge abgestellt werden kann. Diese Annahme wird auch dadurch gestützt, als in der vom Gesuchsteller eingereichten Bilanz per 30.09.2017 das "Kontokorrent Geschäftsführer" einen Saldo von Fr. 107'099.57 ausweist (Urk. 37/2), eine entsprechende Position sich aber in der eingereichten Bilanz per 31.12.2017 nicht findet (Urk. 72/4), jedenfalls nicht als solche deklariert. Zwar ist glaubhaft, dass der Gesuchsteller aufgrund von neuen europäischen Rahmenverträgen bedeutende Aufträge verloren hat. Gleichwohl lässt der Umstand, dass der Gesuchsteller bereits an der Verhandlung vom 11. Juli 2017 mit einem wesentlich tieferen Jahreseinkommen von Fr. 151'000.– rechnete und sich einen mittleren Wert von Fr. 14'500.– (Urk. 22 S. 19) anrechnen liess, einen Betrag nämlich, der exakt demjenigen entspricht, den er nun aufgrund des im Berufungsverfahren eingereichten Jahresabschlusses 2017 geltend macht (Urk. 68 S. 26), doch Zweifel wecken, ob sich der Gesuchsteller im zweiten Halbjahr 2017 genügend intensiv um neue Aufträge bemüht hat. Denn was seine Akquisitionsbemühungen angeht, legt der Gesuchsteller nicht substantiiert dar, wo und wann er solche Bemühungen angestrebt hat (Urk. 68 S. 23, S. 25). Mit dem Verweis auf vorinstanzliche Aktenstücke genügt er seiner Begründungspflicht nicht. Nach dem Gesagten ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz nicht auf die (provisorische) bzw. definitive Jahresrechnung 2017 abzustellen. Im Übrigen können gemäss Rechtsprechung besonders schlechte Abschlüsse ausser Betracht bleiben. Dass es sich um stetig sinkende Erträge handelt, ist nicht erstellt. Der Gesuchsteller räumt selbst ein, dass er zuversichtlich sei, dass der Umsatz der Firma 2018 wieder gesteigert werden könne (Urk. 68 S. 25), was gegen einen andauernden Abwärtstrend spricht.

1.7 Dem Gesuchsteller ist daher das Einkommen gemäss Vorinstanz von Fr. 16'000.– pro Monat anzurechnen.

## 2. Einkommen Gesuchstellerin

Gemäss angefochtenem Entscheid beträgt das monatliche Einkommen der Gesuchstellerin Fr. 4'500.– netto (Urk. 69 S. 30). Die Gesuchstellerin macht geltend, wenn dem Gesuchsteller ein tieferes Einkommen angerechnet werden sollte, seien ihr auch nur die effektiv ausbezahlten Fr. 2'500.– aus Liegenschaftenertrag anzurechnen. Sie habe vor Vorinstanz wiederholt ausgeführt, dass ihr nur Erträge im Umfang von Fr. 2'500.– netto ausbezahlt würden, da sie gegen den bestehenden Willen der anderen beiden Mitbeteiligten keine weiteren Erträge realisieren könne (Urk. 77 S. 33). Da das Einkommen des Gesuchstellers nicht zu korrigieren ist, bleibt es auch bei einem anrechenbaren Nettoeinkommen der Gesuchstellerin von Fr. 4'500.–.

## 3. Bedarf Gesuchsteller

Die Vorinstanz veranschlagte den Bedarf des Gesuchstellers auf Fr. 8'275.– (Urk. S. 34). Für den Fall, dass das Einkommen reduziert würde, moniert die Gesuchstellerin die Position Steuern in der Höhe von Fr. 600.– (Urk. 77 S. 33). Da es beim angefochtenen Einkommen bleibt, ist auch das Steuerbetreffnis nicht zu überprüfen. Es bleibt beim vorinstanzlichen Bedarf.

## 4. Bedarf Gesuchstellerin und Bedarf Kinder

Der Bedarf der Gesuchstellerin von Fr. 7'350.– und derjenige der beiden Kinder von je Fr. 1'700.– (Urk. 69 S. 34) sind nicht bestritten.

## 5. Unterhaltsbeitrag

5.1 Die Vorinstanz erwog, bei einem Gesamteinkommen der Parteien und der Kinder von rund Fr. 20'900.– und einem Gesamtbedarf von rund Fr. 19'025.– resultiere ein Überschuss von rund Fr. 1'875.–. Dieser sei zu zwei Dritteln (Fr. 1'250.–) der Gesuchstellerin mit den beiden Kindern und zu einem Drittel (Fr. 625.–) dem Gesuchsteller zuzuweisen (Urk. 69 S. 38). Der Gesuchsteller macht geltend, der Freibetrag, der sich seiner Auffassung nach auf Fr. 87.– be-

läuft, sei ihm zuzusprechen für die Kosten der Ferien der Kinder, zumal im Bedarf der Kinder bereits Fr. 100.– für Ferien berücksichtigt seien (Urk. 68 S. 27). Da es nach dem oben Dargelegten bei einem Freibetrag gemäss Vorinstanz von Fr. 1'875.– bleibt, und die Aufteilung im Verhältnis zwei Drittel zu einem Drittel der Praxis entspricht, ist dieser Ermessensentscheid zu bestätigen.

## 5.2 Unterhaltsbeitrag von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_

Die Vorinstanz sprach C.\_\_\_\_\_ einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.– und D.\_\_\_\_\_ einen solchen von Fr. 4'350.– zu, davon Fr. 2'850.– als Betreuungsunterhalt. Der Gesuchsteller kritisiert zu Recht die Zusprechung eines Betreuungsunterhalts (Urk. 68 S. 21 f.). Der Betreuungsunterhalt ist nach der Lebenshaltungskostenmethode zu berechnen (BGer 5A\_454/2017 vom 17. Mai 2018, E. 7; BGer 5A\_384/2018 vom 21. September 2018, E. 4.1). Für die Bemessung der Lebenshaltungskosten ist vom betriebsrechtlichen Existenzminimum des betreuenden Elternteils auszugehen, das je nach den finanziellen Verhältnissen um die Aufwendungen für Krankenzusatzversicherungen nach VVG sowie den auf die Lebenshaltungskosten entfallenden Steueranteil zu erweitern ist (vgl. ZR 116 [2017] Nr. 21; Leitfaden neues Unterhaltsrecht des Obergerichts des Kantons Zürich, S. 10). Bei einem anrechenbaren Einkommen von Fr. 4'500.– ist die Gesuchstellerin in der Lage, ihr erweitertes Existenzminimum von Fr. 3'838.10 (Grundbetrag Fr. 1'350.–, Miete Fr. 1'525.–, Krankenkasse inkl. VVG 587.–, Kommunikation/Radio/TV 158.–, Versicherungen Fr. 30.70, Mobilität Fr. 87.40, Steuern Fr. 100.–) zu decken. Selbst bei einem Steuerbetreffnis von Fr. 500.– wäre das erweiterte Existenzminimum gedeckt. Folglich ist kein Betreuungsunterhalt im Sinne von Art. 285 Abs. 2 ZGB geschuldet und Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids zu korrigieren. Auch für D.\_\_\_\_\_ ist ein Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.– zuzüglich Familienzulage zu leisten.

## 5.3 Persönlicher Unterhalt

Der Betreuungsunterhalt ist daher der Gesuchstellerin als persönlicher Unterhalt zuzusprechen. Entsprechend ist Dispositiv-Ziffer 5 abzuändern und der persönli-



che Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'250.– um Fr. 2'850.– auf Fr. 4'100.– anzuheben. Zwar hat die Gesuchstellerin nur als Eventualantrag die Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages von Fr. 4'100.– beantragt und ist eine Anschlussberufung im Summarverfahren unzulässig (Art. 314 Abs. 2 ZPO). Gleichwohl erscheint die Dispositionsmaxime aufgrund der speziellen Konstellation betreffend Betreuungsunterhalt nicht verletzt, bleibt es doch bei diesem Ergebnis bei einem Unterhalt für die Gesuchstellerin und die Kinder von insgesamt Fr. 7'100.– gemäss vorinstanzlichem Entscheid und ist beim Betreuungsunterhalt zwar das Kind Gläubiger, der betreuende Elternteil indessen wirtschaftlich berechtigt (Urk. 69 S. 38).

6. Der Gesuchsteller ficht überdies Dispositiv-Ziffer 6 an, welche in Anwendung von Art. 301a ZPO die finanziellen Grundlagen festhält. Da keine Änderungen vorzunehmen sind, ist Dispositiv-Ziffer 6 zu bestätigen.

### III.

1. Für das Berufungsverfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 5'500.–.

2. Bei streitigen Kinderbelangen werden die Prozesskosten praxisgemäss unabhängig vom Ausgang des Verfahrens den Parteien je zur Hälfte auferlegt und die Parteientschädigungen wettgeschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragsstellung hatten (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO; ZR 84 Nr. 41; *OGer ZH LY160047 vom 16. Juni 2017, E. III/2*). Diese Voraussetzung ist erfüllt. Auch in Bezug auf die finanziellen Belange rechtfertigt es sich, die Kosten hälftig aufzuerlegen. Zwar unterliegt der Gesuchsteller mit seinem Antrag auf Reduktion. Die Gesuchstellerin hat indes die Abweisung der Berufung beantragt, dem wie ausgeführt, betreffend den Betreuungsunterhalt nicht gefolgt werden kann. Folglich sind die Kosten des Berufungsverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 30. Januar 2018 betreffend die Ziffern 1 und 2 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Der Gesuchsteller ist für die Dauer des Scheidungsverfahrens bzw. Getrenntlebens berechtigt und verpflichtet, die Kinder wie folgt auf eigene Kosten zu betreuen:
  - an jedem zweiten Wochenende jeweils ab Freitagnachmittag, Schulschluss, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr,
  - jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr,
  - in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag bis Ostermontag und in Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsonntag bis Pfingstmontag; das auf diese Feiertagsbetreuung durch den Gesuchsteller folgende Wochenende verbringen die Kinder bei der Gesuchstellerin, womit die abwechselnde Wochenendbetreuung weitergeführt wird,
  - während 4 Wochen Schulferien pro Jahr.

Die Parteien haben sich über die Aufteilung der Ferien jeweils mindestens drei Monate im Voraus abzusprechen. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Gesuchsteller in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Gesuchstellerin.

2. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, für die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2012, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2013, rückwirkend ab 1. März 2017 für die weitere Dauer des Verfahrens bzw. Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) von
  - Fr. 1'500.– für C.\_\_\_\_\_ (davon CHF 0.– als Betreuungsunterhalt) sowie

- Fr. 1'500.– für D.\_\_\_\_\_ (davon CHF 0.– als Betreuungsunterhalt) zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge und die Familienzulagen sind an die Gesuchstellerin zahlbar und zwar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, für die Gesuchstellerin persönlich rückwirkend ab 1. März 2017 für die Dauer des Verfahrens bzw. Getrenntlebens persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'100.– zu bezahlen. Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
4. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 2 und 3 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:

- Gesuchstellerin: Fr. 4'500.– (durchschnittlicher Liegenschaftenertrag; z.Zt. nicht erwerbstätig)
- Gesuchsteller: Fr. 16'000.– (selbständig; durchschnittliches Einkommen 2014–2016)
- C.\_\_\_\_\_: Fr. 200.– derzeitige Kinderzulage
- D.\_\_\_\_\_: Fr. 200.– derzeitige Kinderzulage

Familienrechtlicher Bedarf (erweitert):

- Gesuchstellerin: Fr. 7'350.–
- Gesuchsteller: Fr. 8'275.–
- C.\_\_\_\_\_: Fr. 1'700.–
- D.\_\_\_\_\_: Fr. 1'700.–

5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem Kostenvorschuss des Gesuchstellers verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 2'750.– dem Gesuchsteller zu erstatten.

7. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

9. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 13. November 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
mc