

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170058-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss und Urteil vom 8. Dezember 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 25. August 2017 (EE170037-L)

Rechtsbegehren:

(vgl. Wiedergabe in Urk. 68 S. 2 ff.)

**Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung,
vom 25. August 2017:**
(Urk. 68 S. 60 ff.)

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 26. Januar 2017 getrennt leben.
2. Die Obhut über die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2009, sowie D._____, geboren am tt.mm.2013, wird beiden Parteien mit wechselnder Betreuung übertragen.
3. Ist ein Elternteil aus welchen Gründen auch immer nicht in der Lage, die Betreuung gemäss dem in Ziff. 2c1 der Vereinbarung der Parteien vom 18. April 2017 vereinbarten Betreuungsplan persönlich zu übernehmen, ist er verpflichtet, für eine angemessene Betreuung der Kinder durch Drittpersonen auf eigene Kosten besorgt zu sein. Eine Anfrage an den anderen Elternteil ist möglich; dieser ist jedoch weder verpflichtet, die Betreuung zu übernehmen, noch berechtigt, die Übernahme der Betreuung zu verlangen.
4. Die Gesuchstellerin wird für berechtigt erklärt, die Kinder *in Jahren mit ungerader Jahreszahl* an Karfreitag und Karsamstag bis 20.00 Uhr sowie an Pfingstsonntag und Pfingstmontag bis 20.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, die Kinder in Jahren mit ungerader Jahreszahl an Ostersonntag ab 09.00 Uhr und Ostermontag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
5. Die Gesuchstellerin wird für berechtigt erklärt, die Kinder *in Jahren mit gerader Jahreszahl* an Ostersonntag und Ostermontag bis 20.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, die Kinder *in Jahren mit gerader Jahreszahl* an Karfreitag ab 09.00 Uhr und Karsamstag bis 20.00 Uhr sowie an Pfingstsonntag ab 09.00 Uhr und Pfingstmontag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
6. Für die Kinder C._____, geb. tt.mm.2009 und D._____, geb. tt.mm.2013, wird eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB angeordnet. Dem Beistand/der Beiständin werden die folgenden Aufgaben übertragen:
 - Begleitung und Überwachung der Betreuungsregelung
 - Vermittlung bei Konflikten der Eltern im Hinblick auf die Ausübung des Besuchsrechts und Förderung der Kommunikation zwischen den Elternteilen

- Bei einer allfälligen Veränderung der Situation die Eltern Unterstützung bei der Umsetzung und Anpassung der Besuchsregelung
 - Überwachung der Umsetzung der angeordneten Weisung zur KET-Beratung (Kinder und Eltern in Trennung) beim Marie Meierhofer Institut für das Kind
7. Die Kindesschutzbehörde der Stadt Zürich wird ersucht, einen für die Aufgaben gemäss vorstehend Ziffer 6 geeigneten Beistand bzw. eine Beiständin zu ernennen.
8. Die Parteien werden im Sinne vom Art. 307 Abs. 3 ZGB angewiesen, die Beratung KET (Kinder und Eltern in Trennung) beim Marie Meierhofer Institut für das Kind, Schulhausstr. 64, 8002 Zürich aufzusuchen und/oder sich für den Kurs "... " der Beratungsstelle E._____, ... [Adresse] anzumelden.
9. Die Vereinbarung der Parteien (Teilkonvention) vom 18. April 2017 wird in Bezug auf die weiteren Kinderbelange genehmigt und im Übrigen wird von der Vereinbarung Vormerk genommen. Sie lautet (ohne den letzten Abschnitt von Ziffer 2c1 sowie ohne die Feiertagsregelung gemäss Ziff. 2c3; siehe Dispo-Ziff. 3-5) wie folgt:

"1. Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes

Die Parteien stellen fest, seit 26. Januar 2017 getrennt zu leben und vereinbaren die Fortführung des Getrenntlebens auf unbestimmte Zeit.

2. Elterliche Sorge, Obhut und Betreuung

a) Elterliche Sorge

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ändert nichts an der gemeinsamen elterlichen Sorge für die Kinder

- C._____, geboren am tt.mm.2009
- D._____, geboren am tt.mm.2013

Entsprechend sind die Parteien verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung miteinander abzusprechen. Den Parteien ist bekannt, dass ein Aufenthaltswechsel der Kinder der Zustimmung beider Eltern bedarf, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönlichen Kontakte zwischen einem Elternteil und den Kindern hat.

b) Obhut

Die Parteien beantragen, es sei ihnen beiden die Obhut für die Kinder mit wechselnder Betreuung zu übertragen. Der gesetzliche Wohnsitz der Kinder ist bei dem Elternteil, welcher die eheliche Wohnung an der F._____-Strasse ..., ... Zürich bewohnt.

c) **Betreuungsregelung**

1. **Betreuung**

Die Parteien einigen sich über die Aufteilung der Betreuung der Kinder per sofort wie folgt:

Der Vater betreut die beiden Kinder von Montag ab Schulbeginn bzw. Krippenbeginn resp. 09.00 Uhr bis Donnerstag bis Schulbeginn bzw. 09.00 Uhr.

Die Mutter betreut die beiden Kinder von Donnerstag ab Schulbeginn bzw. 09.00 Uhr bis Sonntag 09.00 Uhr.

In geraden Wochen betreut die Mutter die beiden Kinder zusätzlich am Sonntag bis Montag bis Schulbeginn bzw. Krippenbeginn resp. 09.00 Uhr.

In ungeraden Wochen betreut der Vater die beiden Kinder zusätzlich bereits ab Sonntagmorgen 09.00 Uhr.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

[...]

2. **Ferienbetreuung**

Die Eltern übernehmen die Kinderbetreuung während den Ferien wie folgt:

Vater:

- 2 Wochen während den Frühlingsferien
- die ersten 2.5 Wochen während der Sommerferien
- die 1. Woche während den Herbstferien

Mutter:

- 2 Wochen während den Sportferien
- die letzten 2.5 Wochen während der Sommerferien
- die 2. Woche während den Herbstferien

Weitergehende oder abweichende Ferienregelungen nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten

[...]

3. **Feiertage**

Die Parteien übernehmen die Betreuungsverantwortung für die Kinder während der Feiertage wie folgt:

- in Jahren mit ungerader Jahreszahl vom 24. Dezember ab 17.00 Uhr bis 26. Dezember 20.00 Uhr (erstmalig im Jahr 2017) durch die Mutter; in Jahren mit gerader Jahreszahl durch den Vater
- in Jahren mit ungerader Jahreszahl vom 31. Dezember ab 17.00 Uhr bis 2. Januar 20.00 Uhr (erstmalig im Jahr 2017) durch den Vater; in Jahren mit gerader Jahreszahl durch die Mutter

Weitergehende oder abweichende Feiertagskontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

3. Kinderunterhalt

Die Eltern übernehmen diejenigen Kosten für die Kinder, die während der Zeit anfallen, die sie beim betreuenden Elternteil verbringen (insb. Verpflegung, Alltagsbekleidung, Anteil Miete) jeweils selber.

Der Vater verpflichtet sich, der Mutter monatliche Beiträge an die Kinderkosten in der Höhe von Fr. 475.– für den Sohn C._____ und Fr. 450.– für die Tochter D._____ (inkl. Anteil Familienzulagen von je Fr. 100.–) zu bezahlen (Barunterhalt). Die Beiträge an die Kinderkosten und die Familienzulagen für jedes der Kinder sind im Voraus zahlbar, und zwar auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. Mai 2017.

Die Familienzulagen werden vom Vater bezogen und von ihm zur Hälfte für den Unterhalt der Kinder verwendet.

Mangels Leistungsfähigkeit des Vaters ist er nicht zur Leistung von Betreuungsunterhalt verpflichtet.

Ausserordentliche Kinderkosten (mehr als CHF 200.– pro Ausgabeposition, z.B. Zahnarztkosten, ungedeckte Gesundheitskosten, Kosten für schulische Förderungsmassnahmen, etc.) übernehmen die Parteien je zur Hälfte. Voraussetzung für die hälftige Kostentragung ist, dass sich die Parteien vorgängig über die ausserordentliche Ausgabe geeinigt haben. Kommt keine Einigung zustande, so trägt der veranlassende Elternteil die entsprechende Ausgabe einstweilen allein; die gerichtliche Geltendmachung der Kostenbeteiligung bleibt vorbehalten.

Jeder Elternteil übernimmt die Kosten für die Kinder, die während den 11 Wochen Schulferien bei ihm/ihr anfallen, seien es die Kosten für den Ferienhort oder Ferienaufenthalte bzw. Ausflüge, selber.

Die vorstehenden Regelungen gelten bis zur Volljährigkeit der Kinder bzw. bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung auch über die Volljährigkeit hinaus.

Diese Kinderkostenregelung basiert auf dem Betreuungsplan gemäss Ziffer 2 vorstehend. Sie muss neu festgesetzt werden, wenn sich dieser wesentlich verändert. Die Parteien streben in diesem Fall eine einvernehmliche Lösung an.

Mit den vereinbarten Unterhaltsbeiträgen ist der gebührende Unterhalt der Kinder nicht gedeckt. Es fehlt monatlich ein Betrag von CHF 1'250.–, wovon je CHF 25.– auf den Barunterhalt eines jeden Kindes und CHF 1'200.– auf den Betreuungsunterhalt von D._____ entfallen.

4. Ehegattenunterhalt

Die Ehefrau akzeptiert die Berechnung des Gerichts, wonach mangels Leistungsfähigkeit des Ehemannes keine Ehegattenunterhaltsbeiträge zugesprochen werden können. Gestützt darauf verzichtet sie einstweilen auf persönliche Ehegattenunterhaltsbeiträge.

5. Grundlagen der Unterhaltsberechnungen

Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

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

- Ehemann: CHF 4'500.– (inkl. Familienzulagen von Fr. 400.–)
- Ehefrau: CHF 300.–
- Kinder: je die Familienzulage von derzeit CHF 200.–

Vermögen:

- Ehemann: CHF 5'000.–
- Ehefrau: CHF 30'000.–

6. Mobilier und Hausrat

Mobilier und Hausrat bleiben einstweilen bis zur Regelung betreffend die Zuteilung der ehelichen Wohnung in der ehelichen Wohnung. Die Ehefrau ist jedoch berechtigt, ihre persönlichen Gegenstände mitzunehmen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung.

Die Mehrkosten für einen begründeten Entscheid trägt diejenige Partei, die eine Begründung verlangt."

10. Die eheliche Wohnung an der F. _____-Strasse ..., ... Zürich, wird, inkl. Hausrat und Mobilier, für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsgegner und den Kindern zur alleinigen Benützung zugewiesen.
11. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, ihre persönlichen Effekten innert zwei Monaten ab Zustellung des vorliegenden Entscheids aus der ehelichen Wohnung mitzunehmen und dem Gesuchsgegner die Schlüssel zur ehelichen Wohnung herauszugeben.
12. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 6'000.–; die weiteren Auslagen betragen:
CHF 405.– Kosten Kinderanhörung
13. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gestützt auf Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
14. Vom Verzicht der Parteien auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.

15. (Schriftliche Mitteilung)

16. (Berufung)

Berufungsanträge:

A. Der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 67 S. 2 ff.):

- "1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 25. August 2017 betreffend Eheschutz (EE170037) hinsichtlich Dispositiv Ziffer 2, 3, 8, 9 (hinsichtlich der Genehmigung der Kinderbelange), 10 und 11 aufzuheben und wie folgt neu zu entscheiden:
- 1.1 Die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2009 und D._____, geb. tt.mm.2013, seien unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
 - 1.1.1 Es sei das Besuchsrecht resp. der Betreuungsanteil des Gesuchsgegners zu regeln und der Gesuchsgegner sei für berechtigt zu erklären, die Kinder jeden Mittwoch ab Schul- resp. Kindergartenabschluss bis Donnerstag Schul- resp. Kindergartenbeginn und jedes zweite Wochenende von Freitag Schul- resp. Kindergartenabschluss bis Montag Schul- resp. Kindergartenbeginn zu betreuen.
 - 1.1.2 Eventualiter: Es seien die Kinder C._____, geb. tt.mm.2009 und D._____, geb. tt.mm.2013, unter die gemeinsame Obhut der Parteien zu stellen und es seien die jeweiligen Betreuungsanteile der Parteien festzuhalten, wobei der Gesuchsgegner die Kinder jeweils mittwochs ab Schul- resp. Kindergartenabschluss bis Donnerstag Schul- resp. Kindergartenbeginn und jedes zweite Wochenende von Freitag Schul- resp. Kindergartenabschluss bis Montag Schul- resp. Kindergartenbeginn betreut. In der übrigen Zeit werden die Kinder durch die Gesuchstellerin betreut.
 - 1.1.3 Es sei festzustellen, dass sich der gesetzliche Wohnsitz der Kinder (vor allem für schulische und sozialversicherungsrechtliche Belange) am Wohnsitz der Gesuchstellerin befindet.
 - 1.1.4 Die eheliche Wohnung, F._____-Strasse ..., ... Zürich, sei für die Dauer des Getrenntlebens inklusive Hausrat und Mobiliar der Gesuchstellerin zusammen mit den Kindern zur alleinigen Benutzung zuzuteilen.
 - 1.1.5 Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab Rechtskraft des ihr die alleinige Obhut einräumenden Entscheides für die weitere Dauer des Getrenntlebens folgende, jeweils im Voraus auf den Ersten eines Monats zahlbare, monatliche Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen:
 - mindestens CHF 600.00 für C._____

- mindestens CHF 938.00 für D._____ (CHF 600.00 Barunterhalt, CHF 338.00 Betreuungsunterhalt)

- 1.1.6 Es sei der zur Deckung des gebührenden Barbedarfes der Kinder jeweils fehlende Betrag resp. das Manko für jedes Kind festzuhalten.
- 1.1.7 Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, zur Deckung des Betreuungsunterhalts für die Kinder C._____ und D._____ angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, zahlbar an die Gesuchstellerin, zu bezahlen.
- 1.1.8 Es sei festzustellen, dass der Gesuchsgegner mangels Leistungsfähigkeit keinen resp. keinen vollumfänglichen Betreuungsunterhalt für die Kinder C._____ und D._____ leisten kann.
- 1.1.9 Es sei der zur Deckung des gebührenden Betreuungsunterhalts der Kinder jeweils fehlende Betrag resp. das Manko für jedes Kind festzuhalten.
- 1.1.10 Die Unterhaltsbeiträge für die Kinder C._____ und D._____ gemäss Ziffer 6 bis 8 hiervoor seien gerichtsüblich zu indexieren.
- 1.2. Eventualantrag für den Fall, dass die Trennungsvereinbarung (Teilkonvention) vom 18. April 2017 genehmigt werden sollte:
 - 1.2.1 Es sei die Trennungsvereinbarung (Teilkonvention) vom 18. April 2017 bezüglich der Ziffer 2.c)1. wie folgt gerichtlich zu konkretisieren:

"Ist ein Elternteil, aus welchen Gründen auch immer, nicht in der Lage, die Betreuung gemäss dem hier vereinbarten Betreuungsplan persönlich zu übernehmen, ist er verpflichtet, für eine angemessene Betreuung der Kinder besorgt zu sein. Primär verpflichten sich die Eltern, den jeweils anderen Elternteil vor jeder Inanspruchnahme einer Fremdbetreuung im Voraus um Übernahme der Betreuung anzufragen. Die persönliche Betreuung geht dabei auch jeder allfälligen Betreuung in einem Hort oder der Kinderkrippe vor, so dass der jeweils andere Elternteil auch vor Inanspruchnahme der entsprechenden Fremdbetreuung um Übernahme der Betreuung anzufragen ist. Die Übernahme kann dabei nicht an örtliche oder anderweitige einseitige Bedingungen geknüpft werden."
 - 1.2.2 Es sei die Trennungsvereinbarung (Teilkonvention) vom 18. April 2017 bezüglich der Ziffer 2.c)3. wie folgt gerichtlich zu konkretisieren:

"Die Parteien übernehmen die Betreuungsverantwortung für die Kinder während den Feiertagen wie folgt:

 - [...]
 - [...]

- [...]
- In Jahren mit ungerader Jahreszahl an Ostersonntag ab 9:00 Uhr bis Ostermontag 20:00 Uhr durch den Vater und an Pfingstsonntag 09:00 Uhr bis Pfingstmontag 20:00 Uhr durch die Mutter; in Jahren mit gerader Jahreszahl gilt die umgekehrte Regelung.

[...]

2. Es sei das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 25. August 2017 betreffend Eheschutz (EE170037) betreffend Dispositiv Ziffer 6, 8 wie folgt zu ergänzen:

2.1 Dispositiv Ziffer 6

[...] Dem Beistand/der Beiständin werden die folgenden Aufgaben übertragen:

- [...]
- [...]
- [...]
- [...]
- Einholung eines Berichts der Beratung KET beim Marie Meierhofer Institut und/oder der Beratungsstelle E._____ alle sechs Monate sowie nach Abschluss der Beratung resp. des Kurses "... " der Beratungsstelle E._____, ... [Adresse].
Eventualiter: Kontaktaufnahme mit der Beratung KET beim Marie Meierhofer Institut und/oder der Beratungsstelle E._____ nach Abschluss der Beratung resp. des Kurses "... " der Beratungsstelle E._____ und Erstellen einer detaillierten Aktennotiz betreffend die Angaben der Fachstellen zum Verlauf und Abschluss der jeweiligen Beratung resp. des Kurses.

2.2 Dispositiv Ziffer 8

[...] und die jeweiligen Fachstellen von der Schweigepflicht gegenüber dem Beistand / der Beiständin zu entbinden.

3. Es sei der Berufungsbeklagte und Gesuchsgegner zu verpflichten, der Berufungsklägerin und Gesuchstellerin einen angemessenen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von mindestens CHF 5'000 zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zu Lasten des Berufungsbeklagten und Gesuchsgegners."

Prozessuale Rechtsbegehren:

- "5. Es seien die Akten des Eheschutzverfahrens am Bezirksgericht Zürich (Geschäfts-Nr.: EE170037), sowie die Akten des Gewaltschutzverfahrens am Zwangsmassnahmengerichts Zürich (Geschäfts-Nr.: GS170007) und des Beschwerdeverfahrens betreffend Gewaltschutz am Verwaltungsgericht[s] des Kantons Zürichs (Geschäfts-Nr.: VB.2017.00115) beizuziehen.
6. Es sei durch das Gericht eine Aufstellung der Kinderkrippe G._____, z.H. Frau H._____, Leiterin Kita – ... [Adresse] einzuholen, die Auskunft darüber gibt, wann D._____ seit dem 18. April 2017 an den Betreuungstagen des Gesuchsgegners (Montag, Dienstag und Mittwoch) von diesem dort angemeldet wurde resp. an welchen Tagen und zu welchen Zeiten sie jeweils an den Betreuungstagen des Gesuchsgegners (Montag, Dienstag und Mittwoch) in der Krippe betreut wurde.
7. Für den Fall, dass der Berufungsbeklagte und Gesuchsgegner nicht verpflichtet werden kann, der Berufungsklägerin und Gesuchstellerin einen Prozessbeitrag zu leisten, sei der Berufungsklägerin und Gesuchstellerin für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person von Rechtsanwältin X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

B. Des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (Urk. 75 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Gesuchstellerin.
3. Es sei dem Gesuchsgegner für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit 2009 verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder: C._____, geboren am tt.mm.2009, und D._____, geboren am tt.mm.2013 (vgl. Urk. 1 S. 4). Am 6. Februar 2017 machte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren an-

hängig (Urk. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung am 18. April 2017 schlossen die Parteien eine Teilvereinbarung betreffend Getrenntleben, Kinderbelange, Unterhalt, Hausrat/Mobiliar sowie Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 13, vgl. auch oben S. 3 f.). Betreffend die eheliche Wohnung konnte keine Einigung gefunden werden. Mit Eingabe vom 12. Mai 2017 beantragte die Gesuchstellerin die teilweise Nichtgenehmigung der getroffenen Regelung bezüglich Obhut und Betreuung (Urk. 31). Nach Durchführung der Anhörung von C._____ am 19. Juni 2017 (Urk. 41) erliess die Vorinstanz am 25. August 2017 das eingangs wieder-gegebene Urteil (Urk. 63 = Urk. 68).

2. Dagegen erhob die Gesuchstellerin am 7. September 2017 rechtzeitig (vgl. Urk. 64) Berufung mit den oben erwähnten Anträgen (Urk. 67). Der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchsgegner) erstattete die Berufungsantwort am 30. September 2017 (Urk. 75). Es folgte eine Stellungnahme der Gesuchstellerin (Urk. 81), welche dem Gesuchsgegner zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 85). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

II.

1. Die Berufung richtet sich unter anderem gegen die Genehmigung der Teilvereinbarung der Parteien vom 18. April 2017 in Bezug auf die Kinderbelange. Der Gesuchsgegner bringt diesbezüglich vor, die Teilvereinbarung könne nicht mit Berufung angefochten werden. Einzig zulässig sei die Revision, weshalb auf die Berufung insofern nicht einzutreten sei, als sie sich gegen die Vereinbarung vom 18. April 2017 richte (Urk. 75 S. 3). Dem Gesuchsgegner ist nicht zu folgen. Eine Parteivereinbarung hat bei Kinderbelangen, die der Officialmaxime unterstehen (Art. 296 Abs. 3 ZPO), lediglich die Bedeutung übereinstimmender Parteianträge, welche vom Gericht auf die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl zu prüfen sind. Der entsprechende Genehmigungsentscheid ist mit Berufung anzufechten.

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsa-

che, 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).

3. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; BGer 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2). Dies gilt auch in Verfahren betreffend Kinderbelange, bei denen nach Art. 296 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 Untersuchungsmaxime nicht beachtet (vgl. statt vieler OGer ZH LE150006 vom 4. März 2015, E. 4.1).

4. Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

III.

A. Aktenbeizug

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-66). Die Gesuchsgegnerin beantragt ohne weitere Begründung auch den Beizug der Akten des Gewalt-

schutzverfahrens am Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Zürich und des anschliessenden Beschwerdeverfahrens am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (Urk. 67 S. 7 f. und S. 10). Da sich sowohl der verfahrensabschliessende Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts vom 8. Februar 2017 (Urk. 8) als auch derjenige des Verwaltungsgerichts vom 22. März 2017 bereits bei den Akten befinden, ist weder dargetan noch ersichtlich, weshalb Anlass für den Beizug der jeweiligen Verfahrensakten bestünde (Urk. 8 und Urk. 10/2). Der entsprechende Antrag der Gesuchstellerin ist daher abzuweisen.

B. Obhut

1. Die Vorinstanz gab die massgeblichen Kriterien für die Zuteilung der Obhut zutreffend wieder, weshalb an dieser Stelle vorab auf die entsprechende Erwägung (Urk. 68 S. 15 f. E. II/C/1) zu verweisen ist. Sie erwog zusammengefasst, dem Antrag der Parteien betreffend alternierende Obhut und Betreuungsregelung für die gemeinsamen Kinder C._____ und D._____ sei grundsätzlich zu entsprechen. Beide Parteien seien erziehungsfähig und bereit, die Kinder soweit möglich persönlich zu betreuen, wobei aber beide teilweise auf eine Fremdbetreuung angewiesen seien. Das exakte Ausmass der vergangenen und zukünftigen Eigenbetreuung der Kinder durch die Parteien könne nicht abschliessend beurteilt werden. Kurzfristige Übernahmen der Betreuung durch den jeweils anderen Elternteil je nach zeitlicher Verfügbarkeit sowie eine Betreuung durch zahlreiche verschiedene Betreuungspersonen an ein und demselben Tag gelte es jedoch zur Wahrung des Kindeswohls zu vermeiden, zumal sich die entsprechende Vereinbarung als sehr konfliktträchtig erwiesen habe und die Kommunikation zwischen den Parteien ohnehin massiv gestört sei. Insofern habe die Möglichkeit und Bereitschaft zur persönlichen Betreuung vorläufig im Interesse einer stabilen und für die Kinder verlässlichen Regelung zurückzutreten. Längerfristig sei anzustreben, im Fall einer spürbaren und nachhaltigen Verbesserung der Kommunikationsfähigkeit der Parteien die persönliche Betreuung auszubauen, indem die Eltern sich gegenseitig um Unterstützung bei Verpflichtungen während ihrer Betreuungszeit anfragen könnten. Zu diesem Zweck erscheine erforderlich, gestützt auf Art. 315a Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 307 Abs. 3 ZGB eine Elternberatung anzuordnen. Da

es sodann in der Vergangenheit zu diversen Konflikten gekommen sei, deren Beilegung den Parteien nicht gelungen sei, könne eine künftige Gefährdung des Kindeswohls nicht ausgeschlossen werden. Zu dessen Schutz erscheine es daher unumgänglich, mit der Errichtung einer Beistandschaft eine neutrale aussenstehende Fachperson beizuziehen, welche einerseits ein wachsames Auge auf die Umsetzung der Betreuungsregelung habe und andererseits bei Konflikten nötigenfalls vermittelnd eingreifen könne (Urk. 68 S. 16-48).

2.1. Die Gesuchstellerin rügt, nur eine Regelung mit einer maximalen persönlichen Betreuung sei mit dem Kindeswohl vereinbar. Eine solche könne nur sie gewährleisten, da sie nicht auf eine Fremdbetreuung, sondern – wenn überhaupt – bloss auf einen Mittagstisch zurückgreifen müsste. Der Gesuchsgegner dagegen müsse bei einer alternierenden Obhut die Kinder an zwei von 3.5 Betreuungstagen fremdbetreuen lassen. Erschwerend komme hinzu, dass er aufgrund seiner unplanbaren Auftragslage nur situativ entscheiden könne, ob er die Kinder fremdbetreuen lasse oder nicht. Eine stabile Betreuungsregelung könne er so nicht gewährleisten. Eine geteilte Obhut würde daher vorliegend mit einem eklatanten Verlust an persönlicher Betreuung einhergehen, was nicht dem Kindeswohl entspreche. Folglich seien die Kinder unter ihre alleinige Obhut zu stellen (Urk. 67 S. 15, 28, 31 ff., 48 f., 55 ff.).

2.2. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Vorinstanz nicht eine gerichtliche Regelung der Obhut zu treffen, sondern die diesbezügliche Vereinbarung der Parteien auf die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl zu prüfen hatte. Einer solchen Vereinbarung ist die Genehmigung nur dann zu versagen, wenn die übereinstimmenden Absichten der Eltern das Kindeswohl gefährden (vgl. BGE 143 III 361 E. 7.3.2; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl. 2014, S. 397, N 17.112).

2.3. Das Bundesgericht geht zwar von einem Vorrang der Eigenbetreuung aus (BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2 = Pra 2012 Nr. 27; BGer 5A_210/2008 vom 14. November 2008, E. 3.2; vgl. allerdings auch BGer 1C_161/2009 vom 3. März 2010, E. 5.6.1). Aus psychologischer Sicht ist indes vielen Kindern schon früh eine qualitativ gute Drittbetreuung zumutbar (Ruhe/Schreiner, Nicht elterliche Drittbetreu-

ung – ein Überblick zur Studienlage aus psychologischer Sicht, in: Fampra 2017, 752 ff., 761). In der Schweiz werden denn auch mittlerweile 59.7% der Kinder von 0 bis 12 Jahren zumindest teilweise fremdbetreut. Im Kanton Zürich sind es sogar 72.5% (vgl. Bundesamt für Statistik, Anteil der familien- und schulergänzend betreuten Kinder 0-12 Jahre nach Betreuungsart und Betreuungsdauer nach verschiedenen soziodemografischen Merkmalen, 2014, <http://www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/278266/master>). Vor diesem Hintergrund sind daher – entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin – nicht nur Vereinbarungen genehmigungsfähig, welche eine Betreuung mit maximal möglicher Eigenbetreuung vorsehen, sondern grundsätzlich auch solche, welche mit einem höheren Anteil an Fremdbetreuung als unbedingt notwendig eine qualitativ hochstehende Betreuung gewährleisten. Da die Gesuchstellerin die Qualität der vom Gesuchsgegner in Anspruch genommenen Fremdbetreuung für die beiden Kinder nicht in Frage stellt und dafür auch keine Anhaltspunkte bestehen, ist das Kindeswohl vorliegend bei einer alternierenden Obhut ungeachtet des Ausmasses dieser Fremdbetreuung nicht gefährdet.

2.4. Soweit die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner vorwirft, er lasse seit dem neuen Schuljahr die Kinder an zwei (von 3.5) Betreuungstagen (Montag Vormittag, Dienstag ganzer Tag, Mittwoch Vormittag) fremdbetreuen (Urk. 67 S. 30), ist festzuhalten, dass beide Kinder mittlerweile schulpflichtig sind und dementsprechend jeweils am Vormittag die Schule bzw. den Kindergarten besuchen. Selbst nach der Darstellung der Gesuchstellerin wäre der Gesuchsteller somit einzig am Dienstag Nachmittag auf eine Fremdbetreuung angewiesen. Dazu ist zu bemerken, dass der Gesuchsgegner nur am Montag- und Mittwochvormittag fixe Arbeitszeiten hat (Urk. 9 S. 8) und sich im Übrigen die Arbeitszeit flexibel einteilen kann (Urk. 11 S. 3). Wenn er nun, um Aufträge annehmen zu können, die Kinder gelegentlich oder sogar regelmässig jeweils am Dienstag Nachmittag fremdbetreuen lassen müsste, scheint dies unproblematisch, da er die Kinder während seinen Betreuungszeiten immer noch überwiegend selbst betreuen würde. Das gilt umso mehr, als die von der Gesuchstellerin geforderte maximale Eigenbetreuung der Kinder ohnehin nicht den Verhältnissen während des Zusammenlebens entspricht: Vor der Trennung (und bis im Sommer 2017) wurden die beiden

Kinder der Parteien montags und mittwochs fremdbetreut: C._____ ging über Mittag in den Hort und D._____ wurde ganztags in der Krippe betreut (Urk. 9 S. 10; Prot. I S. 27; Urk. 11 S. 10). Mit der von den Parteien vereinbarten alternierenden Obhut wird gewährleistet, dass weiterhin beide Eltern einen wesentlichen Anteil an der Kinderbetreuung wahrnehmen können. Das ist im vorliegenden Fall einer alleinigen Obhut der Gesuchstellerin vorzuziehen, weil mit einer solchen der Gesuchsgegner weitgehend von der Kinderbetreuung ausgeschlossen würde, obwohl er selbst nach Darstellung der Gesuchstellerin die Kinder während des Zusammenlebens immer auch zu einem grossen Teil betreut hatte und daher für die Kinder extrem wichtig ist (Prot. I S. 17). Nach dem Gesagten ist ohne Belang, ob und gegebenenfalls im welchem Ausmass der Gesuchsgegner die Kinder im Frühjahr 2017 jeweils am Dienstag fremdbetreuen liess. Die Vorinstanz verzichtete daher zu Recht auf die beantragte Einholung einer Aufstellung der Kinderkrippe betreffend die Betreuung der Tochter D._____, da eine solche keine Rückschlüsse auf die zukünftige Inanspruchnahme einer Fremdbetreuung erlaube (Urk. 68 S. 26). Dementsprechend ist auch der im Berufungsverfahren erneut gestellte Antrag Ziff. 6 abzuweisen.

2.5. Zusammenfassend stehen die Bereitschaft und die (im Vergleich zur ersteren nur leicht reduzierte) Möglichkeit des Gesuchsgegners zur persönlichen Betreuung der beiden Kinder der Genehmigung der von den Parteien vereinbarten alternierenden Obhut und Betreuungsanteile nicht entgegen.

3.1. Die Vorinstanz erwog weiter, beide Parteien seien erziehungsfähig. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin, wonach der Gesuchsgegner die Kinder übermässig in den Elternkonflikt einbeziehe, bestünden keine Hinweise auf eine entsprechende Instrumentalisierung der Kinder. Vielmehr entspreche es sowohl dem Alter und den kognitiven Fähigkeiten von C._____ als auch dem Rat der Psychologin (vgl. Urk. 49/1), dessen Fragen zum elterlichen Konflikt zu beantworten. In Anbetracht des Alters von C._____ liege es nahe, dass er den Konflikt wahrnehme und diesen auch von sich aus anspreche. In der Kinderanhörung habe sich aber gezeigt, dass er sich ein eigenes Bild davon mache und ihm sehr wohl bewusst sei, dass dabei verschiedene Sichtweisen aufeinander träfen. Er

hinterfrage selber, ob das, was ihm erzählt werde, stimme oder nicht. Seinen Äusserungen könne schliesslich nicht entnommen werden, dass der Gesuchsgegner gezielt schlecht über die Gesuchstellerin rede, um C._____ eine ablehnende Haltung ihr gegenüber aufzuzwingen (Urk. 68 S. 19 f.).

3.2. Die Gesuchstellerin rügt, die Vorinstanz habe es unterlassen, sich mit ihren substantiierten Vorbringen zur Frage der Erziehungsfähigkeit des Gesuchsgegners auseinanderzusetzen. So habe sie vorgebracht, es sei stossend, dass der Gesuchsgegner sie vor den Kindern schlecht mache, und habe dies mit einem Beispiel belegt. Die Kinderanhörung zeige, dass sich daran nichts geändert habe (Urk. 67 S. 20 ff.). Soweit die Gesuchstellerin in diesem Zusammenhang erstmals Fragen der Kinder aufzählt, welche das ihrer Ansicht nach gezielte Schlechtmachen des Gesuchsgegners zusätzlich belegen sollen (Urk. 67 S. 22 Rz. 32), handelt es sich um neue Behauptungen, deren novenrechtliche Zulässigkeit weder dargetan noch ersichtlich ist (vgl. oben Ziff. II/3). Diese haben daher unberücksichtigt zu bleiben.

3.3. Die Erziehungsfähigkeit wird als die grundlegende Kompetenz eines Elternteils verstanden, die emotionalen und körperlichen Bedürfnisse seines Kindes zu erkennen, das Kind zu versorgen und zu betreuen sowie erzieherisch angemessen auf die kindlichen Bedürfnisse einzugehen (Ludewig/Baumer/Salzgeber/Häfeli/Albermann, Richterliche und behördliche Entscheidungsfindung zwischen Kindeswohl und Elternwohl: Erziehungsfähigkeit bei Familien mit einem psychisch kranken Elternteil, in: Fampra 2015, 562 ff., 574 f.; Felder/Bürgin, Die kinderpsychiatrische Begutachtung bei strittiger Kindszuteilung im Scheidungsverfahren, in: Fampra 2000, 629 ff., 631). Da einer guten Beziehung des Kindes zu beiden Eltern eine zentrale Bedeutung zukommt, haben Vater und Mutter alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigen könnte (vgl. Art. 274 Abs. 1 ZGB). Im Einzelnen geht es um Wertschätzung des andern Elters im Allgemeinen. Ein Elternteil darf nicht durch Äusserungen – Behauptungen, Fragen, Wertungen, Vermutungen, Verdächtigungen, Voraussagen – in Hörweite des Kindes dessen Gefühle für den anderen verletzen. Auch darf kein Elternteil dem Kind verwehren, sich eine eigene Meinung über den anderen zu

bilden oder zu versuchen, es zum Bundesgenossen zu machen, indem er ihm tendenziös ausgewählte Prozessakten oder Auszüge aus diesen zu lesen gibt oder Äusserungen aus den Verhandlungen offenbart. Zulässig und angezeigt ist dagegen objektive Information über das Verfahren (BK-Hegnauer, Art. 274 ZGB N 6 ff.).

3.4. Keinen Einfluss auf die Beurteilung der Erziehungsfähigkeit hat nach dem Gesagten das Kommunikationsverhalten der Eltern, soweit die Kinder es nicht mitbekommen. Die Gesuchsgegnerin bringt zwar in der Berufung erneut vor, das Kommunikationsgebaren des Gesuchsgegners ihr und Dritten gegenüber sei von Bedeutung im Hinblick auf dessen Erziehungsfähigkeit. Die Art und Weise wie auch der Inhalt der Kommunikation (z.B. gegenüber seiner Schwiegermutter) lasse klar Rückschlüsse auf die Persönlichkeit, das Konfliktverhalten und den Umgang des Gesuchsgegners mit seinen Mitmenschen zu. Wenn er schreibe "A._____, du bist erbärmlich, eine Schande für das Abendland, ungebildet, abgeschmackt und umnebelt vom geistigen Mundgeruch deiner Erzeuger und den Furzdämpfen deiner Mutter. Ich werde C._____ bitten, das auf Deinen Grabstein zu schreiben, wenn er erwachsen ist." (vgl. Urk. 43/5 S. 3), zeige dies, dass er C._____ weit mehr als Gefährten denn als schützenswertes Kind sehe, und spreche deutlich dafür, dass er das Kind instrumentalisieren. Dies lasse an seiner Erziehungsfähigkeit mehr als deutlich zweifeln (Urk. 67 S. 25 f.). Auch wenn die Aussage des Gesuchsgegners äusserst geschmacklos und beleidigend ist, ist der Vorinstanz beizupflichten, dass von diesem Kommunikationsgebaren keine Rückschlüsse auf das Verhalten des Gesuchsgegners im Umgang mit den Kindern gezogen werden können (vgl. Urk. 68 S. 20), zumal nicht nachvollziehbar ist, wie die Gesuchstellerin gestützt auf diese Aussage zur Schlussfolgerung gelangt, der Gesuchsgegner instrumentalisieren C._____.

3.5. In der Kinderanhörung hatte C._____ ausgeführt, es sei nicht gut, wenn die Eltern sich streiten würden. Er habe sie schon mal streiten sehen. Es habe ihm Angst gemacht, als er gesehen habe, wie schlimm sie sich gestritten hätten. Einmal habe sogar die Polizei anrücken müssen. Die Eltern hätten auch ganz viele kleine Streitereien und daraus werde dann ein grosser Streit. Bei den Übergaben

und in letzter Zeit hätten sich die Eltern aber nicht gestritten. Im Gegensatz zur Mutter spreche der Vater mit ihm über den Konflikt. Er erzähle ihm so viel, das ihn traurig mache. Wahrscheinlich habe die Mutter eine schlimmere Geschichte und erzähle ihm diese nicht, damit er nicht traurig werde. Es gehe ihm aber gut, wenn ihm der Vater vom Konflikt erzähle. Er sei nur ganz selten traurig. Vor der Kinderanhörung sei er einige Male bei einer Psychologin gewesen. Mit ihr habe er über alles sprechen können, was ihn beschäftigt habe. Beim ersten Termin hätten sie auch über das Thema Familie gesprochen, zum Beispiel, wer jeweils mit dem Streit beginne. Der Vater habe ihm gesagt, dass die Mutter mit Streiten beginne. Aus seiner Sicht gebe es aber gar keine "wahre" Geschichte. Jeder sehe es anders, aber das gebe es halt. Es mache ihn aber wütend, wenn der Vater ihm etwas erzähle und er dann jeweils nicht wisse, ob das stimme oder nicht (Urk. 41 S. 6 ff.).

3.6. Soweit die Gesuchstellerin aus der Aussage von C._____, der Vater erzähle ihm viel vom Konflikt, herleitet, es fehle dem Gesuchsgegner an kindgerechtem Einfühlungsvermögen (Urk. 67 S. 22 f.), lässt sie ausser Acht, dass C._____ zugleich auch ausgeführt hatte, es gehe ihm gut, wenn der Vater ihm vom Konflikt erzähle (Urk. 41 S. 7). Als besonders alarmierend erachtet die Gesuchstellerin sodann, dass der Gesuchsgegner C._____ jeweils sage, dass die Mutter zu streiten beginne. Damit mache er sie gezielt schlecht (Urk. 67 S. 23). Es ist davon auszugehen, dass C._____ auch ohne äusseren Einfluss die Frage beschäftigen dürfte, wer den Streit begonnen hat. Diese Frage lässt sich allerdings nur schwer neutral beantworten, zumal eine differenzierte Aussage (beide Eltern hätten ihren Anteil am Streit) für einen Siebenjährigen noch reichlich abstrakt und eher fern von seinem eigenen Erleben sein dürfte. Dessen ungeachtet lässt die von C._____ erwähnte Aussage des Gesuchgegners die gebotene Zurückhaltung vermissen. Keine Verletzung der Loyalitätspflicht auszumachen ist bei der Aussage gegenüber den Kindern, die Gesuchstellerin habe ihm verboten, an das Geburtstagsfest von D._____ zu kommen (vgl. Urk. 46 S. 30). Hingegen klar deplatziert wäre – wenn die diesbezügliche Darstellung der Gesuchstellerin zutrifft, was letztlich aber offenbleiben kann (vgl. unten) – die Aussage des Gesuchgegners, unauffindbare Gegenstände seien wohl von der Gesuchstellerin mitgenommen

worden, welche sich nachts in die Wohnung schleiche und heimlich Dinge wegnehme (Urk. 81 S. 14). Aber selbst wenn man zwei weitere von der Gesuchstellerin vorgetragene Vorfälle (Aussage gegenüber Freunden im Beisein der Kinder, Einbezug der Kinder bei der Planung der Weihnachtsfeiertage ohne vorgängige Absprache mit der Gesuchstellerin, vgl. Urk. 81 S. 12 f.), welche allerdings nicht gravierend erscheinen, einbezieht, bleibt es bislang gerade noch bei Einzelfällen, weshalb – jedenfalls zum aktuellen Zeitpunkt – noch nicht von einem solchen Ausmass auszugehen ist, dass dem Gesuchsgegner die Erziehungsfähigkeit abgesprochen werden müsste, zumal die Gesuchstellerin ihn im Übrigen als kreativen und ideenreichen Vater beschrieben hatte, der grosses Interesse an seinen Kindern und Freude an ihnen habe und der sich immer sehr liebevoll und einfallreich um die Förderung der Kinder kümmere und auch vieles mit ihnen unternehme (Urk. 1 S. 5). Im Ergebnis kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, die Erziehungsfähigkeit des Gesuchsgegners sei gegeben. Der Gesuchsgegner ist aber darauf hinzuweisen, dass ihm bei weiteren Verletzungen seiner Loyalitätspflicht die Erziehungsfähigkeit wohl abgesprochen werden müsste.

4.1. Hinsichtlich der Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Parteien erwog die Vorinstanz, die Kommunikation zwischen den Parteien sei seit der Hauptverhandlung am 18. April 2017 massiv gestört. Es bestünden jedoch keine Hinweise, dass infolgedessen das Kindeswohl gefährdet sei. So werde der Konflikt vornehmlich über elektronische Medien und nicht vor den Kindern ausgetragen. Dementsprechend habe C._____ in der Kinderanhörung ausgeführt, dass die Eltern in letzter Zeit nicht mehr und bei Übergaben noch nie gestritten hätten. Es erscheine nicht ungewöhnlich, dass er traurig und nachdenklich gewirkt habe, als er von den Streitereien erzählt habe. Daraus könne aber nicht abgeleitet werden, der Konflikt zwischen den Parteien wirke sich negativ auf die Kinder aus, so dass eine alternierende Obhut dem Kindeswohl widersprechen würde. Da sich der Konflikt insgesamt und in letzter Zeit verstärkt auf die Auslegung und Handhabung von Ziff. 2c1 (letzter Abschnitt) der Teilkonvention beschränke, sei diesbezüglich zur Entschärfung des Konflikts eine Anpassung vorzunehmen. Ausserdem sei im Hinblick auf die dringend erforderliche Verbesserung der Kommunika-

tion der Parteien sowie zur Reduktion des Konfliktpotentials angezeigt, die Parteien zum Besuch einer Elternberatung zu verpflichten (Urk. 68 S. 31 ff.).

4.2. Die Gesuchstellerin bringt dagegen vor, es treffe zwar zu, dass die Interessen der Kinder derzeit noch nicht beeinträchtigt seien. Dies sei allerdings allein auf ihre Bemühungen zurückzuführen, das Kommunikationsgebaren des Gesuchsgegners von den Kindern fernzuhalten. Bereits vor Vorinstanz habe sie ausgeführt, dass eine hälftige Betreuung mit einer immensen Anstrengung im Hinblick auf die Kommunikation verbunden sei. Es seien weit mehr Abmachungen zu treffen, man müsse weit flexibler miteinander umgehen können. Dies erachte sie als noch nicht möglich, weshalb eine alternierende Obhut gegen jedes Kindeswohl sei. Dies habe sich in der Folge bewahrheitet, als der Gesuchsgegner ihre Eltern in E-Mails grob beleidigt habe. Dies habe dazu geführt, dass seine geplante Teilnahme am Geburtstagsfest von D._____ nicht zustande gekommen sei und die Kinder insofern in den Konflikt einbezogen worden seien, als Erklärungsbedarf bestanden habe. Auch im gemeinsamen Freundeskreis habe der Gesuchsgegner sie diffamiert. Da er die Zusammenarbeit bei der Herausgabe ihrer persönlichen Effekten verweigert habe, sei sogar ein Polizeieinsatz notwendig geworden. Weiter habe er ihr willentlich und unter Vorspiegelung falscher Tatsachen verwehrt, die Tochter zu betreuen, und es mehrfach unterlassen, sie wegen der Übernahme der Betreuung anzufragen, bevor er die Kinder in eine Fremdbetreuung gegeben habe. Auch habe er ihr verunmöglicht, in Erfahrung zu bringen, wann genau und wie häufig D._____ in der Kita fremdbetreut worden sei. Dies sei elementar, nicht nur um zu prüfen, ob der Gesuchsgegner vermehrt keine eigene Betreuung leisten könne, sondern auch, um in Notfällen zu wissen, wo sich die Tochter befinde. Weiter verweigere der Gesuchsgegner die Herausgabe von Effekten der Kinder, was überaus mühsam sei und dazu geführt habe, dass sie Kleider und Spielsachen für die Kinder habe beschaffen müssen. Überdies habe er zu verhindern versucht, dass sie einen Online-Zugang zu den Daten bei der Krankenkasse erhalte. Ebenso habe er ihr verweigert, den Therapiesitzungen von C._____ beiwohnen zu können, und die Termine jeweils so eingerichtet, dass sie verhindert gewesen sei. Schliesslich habe er ihr verboten, ohne seine Begleitung

das Haus zu betreten, und sie aufgefordert, umgehend 15 Ordner aus dem Estrich abzuholen. Anderenfalls stelle er diese vor ihre Haustür (Urk. 67 S. 42-53).

4.3. Der Gesuchsgegner bringt dazu vor, trotz aller Schwierigkeiten hätten die Parteien einige wichtige Fragen miteinander klären können. So hätten sie die Ferien wie vorgesehen durchgeführt, den Mittagstisch für die Kinder organisiert, sich darauf verständigt, dass C._____ Posaunenunterricht nehmen solle, gemeinsam eine Occasionsposaune angeschafft und sich über die Organisation der Krankenkasse geeinigt (Urk. 75 S. 15 f.).

4.4. Eine alternierende Obhut erfordert organisatorische Massnahmen und gegenseitige Informationen. Insofern setzt die praktische Umsetzung einer solchen Obhut voraus, dass die Eltern fähig und bereit sind, betreffend Kinderbelange miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren. Ausgeschlossen ist eine alternierende Obhut, wenn die Eltern infolge ihres Konflikts in Bezug auf Kinderbelange nicht zusammenarbeiten können und damit ihr Kind dem Elternkonflikt in einer Weise aussetzen würden, die seinen Interessen offensichtlich zuwider läuft (BGE 142 III 612 E. 4.3). Dies ist vorliegend nicht der Fall, da selbst nach Ansicht der Gesuchstellerin das Kindeswohl trotz aller Schwierigkeiten der Parteien bisher nicht beeinträchtigt worden ist. Soweit die Klägerin ausführt, eine hälftige Betreuung sei mühsam und mit immensen Anstrengungen verbunden (vgl. Urk. 67 S. 43), steht dies der Anordnung (und umso weniger der Genehmigung) einer alternierenden Obhut nicht entgegen. Vielmehr liegt jenes in der Natur der Sache, indem die Ehegatten nicht einfach getrennte Wege gehen können, sondern sich regelmässig miteinander auseinandersetzen müssen. Das verlangt ihnen zweifelsohne viel ab und sie müssen ihre eigenen Interessen zurückstellen. Diesbezüglich stehen die Eltern aber in der Verantwortung, denn an erster Stelle steht das Kindeswohl (BGE 142 III 612 E. 4.2; BGE 131 III 209 E. 5).

4.5. Der Konflikt der Parteien betrifft zu einem gewichtigen Teil ihre unterschiedlichen Vorstellungen bezüglich der optimalen Betreuungsform für die Kinder. Weitere Konfliktpunkte sind die eheliche Wohnung und die noch dort befindlichen persönlichen Gegenstände der Gesuchstellerin. Es ist davon auszugehen, dass sich das Konfliktpotential deutlich reduzieren wird, sobald die wichtigsten Streit-

punkte definitiv gerichtlich geregelt sind und insofern kein Spielraum mehr für Diskussionen besteht. Dazu dürfte insbesondere auch die von der Vorinstanz vorgesehene Anpassung von Ziff. 2c1 der Vereinbarung der Parteien vom 18. April 2017 beitragen, welche es beiden Parteien erlaubt, an den eigenen Betreuungstagen nötigenfalls auf eine Fremdbetreuung zurückgreifen zu können (vgl. Urk. 68 S. 39 ff. E. II/C/2.7). Mit fortschreitendem Zeitablauf und Festigung der Trennung ist weiter davon auszugehen, dass die Emotionen abnehmen und damit einhergehend die Kooperation der Parteien sich verbessern wird und sie in der Folge in Kinderbelangen zumindest in einem ausreichenden Mass werden zusammenarbeiten können. Aus den gleichen Gründen ist – entgegen der Befürchtung der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 67 S. 48) – nicht zu erwarten, dass der Gesuchsgegner über kurz oder lang vor den Kindern schlecht über die Gesuchstellerin reden wird, zumal dies unter Umständen mit schwerwiegenden Konsequenzen verbunden wäre (vgl. oben Ziff. 3.6). Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die Parteien nicht gänzlich auf sich alleine gestellt sind, sondern dass die Vorinstanz geeignet erscheinende Begleitmassnahmen anordnete: Eine Elternberatung soll die Parteien bei der Verbesserung ihrer Kommunikationsfähigkeit unterstützen und ein Beistand kann im Falle von Konflikten vermittelnd eingreifen.

4.6. Zusammenfassend erweist sich die Rüge der Gesuchstellerin, die Vorinstanz hätte die vereinbarte alternierende Obhut unter dem Aspekt der Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Parteien nicht genehmigen dürfen, als unbegründet.

5.1. Die Vorinstanz erwog, in Bezug auf die Stabilität der familiären Verhältnisse bzw. die bisherige Betreuungssituation stünden sich diametral widersprechende Aussagen der Parteien gegenüber. Die Gesuchstellerin habe vorgebracht, zu den Randzeiten habe sie die Kinder gemeinsam mit dem Gesuchsgegner betreut, im Übrigen sei sie aber allein für die Kinderbetreuung verantwortlich gewesen, da der Gesuchsgegner seiner Arbeit nachgegangen sei und Termine habe wahrnehmen müssen. Der Gesuchsgegner hingegen habe erklärt, dass die Kinder abgesehen von intensiven Studienphasen der Gesuchstellerin von beiden Parteien gemeinsam betreut worden seien, wobei sein Betreuungsanteil immer mindestens 50%

betragen habe. Beide Vorbringen würden grundsätzlich glaubhaft erscheinen, weshalb nicht restlos geklärt werden könne, wie die Betreuung und Rollenverteilung in der Vergangenheit tatsächlich ausgesehen habe. Dies könne daher als Kriterium für die Beurteilung der Frage der alternierenden Obhut nur bedingt berücksichtigt werden (Urk. 68 S. 27 ff.).

5.2. Die Gesuchstellerin bringt dagegen vor, das Einkommen des Gesuchsgegners lasse darauf schliessen, dass er insgesamt mindestens 90%-100% arbeite. Überdies müsse er sich jederzeit für Aufträge zu 100% verfügbar halten. Sie hingegen habe seit der Geburt der Kinder mit Studium und Arbeit ein Pensum von maximal 60% gehabt. Im letzten Jahr sei sie sodann zu 60% zu Hause gewesen. Daraus sei zu schliessen, dass auch in der Vergangenheit sie diejenige gewesen sei, welche die Arbeitseinsätze und -zeiten des Gesuchsgegners abgedeckt habe, anderenfalls er ja jetzt nicht an seinen Betreuungstagen zum grössten Teil auf Fremdbetreuung angewiesen wäre. Abgesehen davon könne die Tochter D._____ nicht verstehen, warum ihr die Zeit mit der Mutter zugunsten von noch mehr Fremdbetreuung gekürzt werde. Sie leide massiv darunter, dass sie ihre Mutter weit weniger sehen könne, als sie dies kenne und brauche. Sie weine denn auch regelmässig, wenn sie in den Kindergarten gebracht werde, und bringe immer wieder klar zum Ausdruck, dass sie ausnahmslos bei der Gesuchstellerin sein möchte (Urk. 67 S. 36 ff.).

5.3. Die Gesuchstellerin bringt zur Begründung ihrer Rüge zahlreiche Tatsachenbehauptungen vor (der Gesuchsgegner habe ein Arbeitspensum von mindestens 90%-100% und müsse sich jederzeit für Aufträge zu 100% verfügbar halten; sie habe ein Pensum von maximal 60% gehabt und sei im letzten Jahr zu 60% zu Hause gewesen; D._____ leide darunter, dass sie die Gesuchstellerin viel weniger sehen könne; D._____ wolle ausnahmslos bei der Gesuchstellerin sein), ohne allerdings darzulegen, wo sie diese im vorinstanzlichen Verfahren eingebracht hat. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass es sich um neue Vorbringen handelt, über deren novenrechtliche Zulässigkeit sich die Gesuchstellerin indes nicht äussert und welche aus diesem Grund unberücksichtigt zu bleiben haben (vgl. oben Ziff. II/3). Abgesehen davon setzt sich die Gesuchstellerin in

ihren Ausführungen nicht mit der Begründung der Vorinstanz auseinander. Insbesondere zeigt sie nicht auf, dass und gestützt auf welche Sachverhaltselemente die Schlussfolgerung der Vorinstanz unzutreffend ist, dass nicht geklärt werden könne, wie die Betreuung und Rollenverteilung vor der Aufnahme des Getrenntlebens tatsächlich ausgesehen habe. Damit genügt sie ihrer Begründungspflicht nicht, weshalb nicht weiter auf ihre Vorbringen einzugehen ist.

6.1. Bezüglich Betreuungsanteile erwog die Vorinstanz, die Gesuchstellerin habe zunächst vorgebracht, dass sie montags entweder ganztags im Studium sei oder frei habe und jeweils am Dienstag Vormittag sowie am Mittwoch im Studium sei. Im Widerspruch dazu stehe ihre Aussage, dass sie ihre Arbeitszeiten nach den Kindern richten könne. Entsprechend schein es sinnvoll, dass an diesen Tagen (Montag bis Mittwoch) der Gesuchsgegner die Betreuungsverantwortung für die Kinder innehat, wie es in der Teilkonvention vereinbart worden sei. Ein allwöchentlicher Wechsel der Betreuungstage widerspreche dem Bedürfnis der Kinder nach einer stabilen und verlässlichen Betreuungsregelung. Der Wunsch der Gesuchstellerin, die Kinder möglichst häufig persönlich zu betreuen, sei zwar nachvollziehbar, würde für die Kinder aber zu einem deutlich weniger planbaren und stabilen Wochengefüge führen, was für sie mit Unsicherheit verbunden wäre. Fixe Betreuungstage seien daher vorzuziehen, zumal die Parteien derzeit nicht in der Lage zu flexiblen Absprachen seien (Urk. 68 S. 36 ff.).

6.2. Die Gesuchstellerin rügt, die Festlegung der Betreuungstage durch die Vorinstanz basiere auf der falschen Sachverhaltsfeststellung, dass sie immer noch von Montag bis Mittwoch im Studium sei. Sie habe bereits vor Vorinstanz dargelegt, dass sie sich im Herbstsemester voll auf die Kinder einstellen könne, und dies auch belegt. Auch die weitere Begründung der Vorinstanz sei unverständlich. Sie habe die verschiedenen wechselnden Betreuungspersonen als Grund für das gewählte Betreuungsmodell angeführt. Unter diesem Gesichtspunkt sei jedoch einzig sinnvoll, dass ihr die Betreuung im beantragten Umfang (d.h. alleinige Obhut) zugesprochen werde, denn damit falle eine ausgedehnte Fremdbetreuung dauerhaft weg (Urk. 67 S. 55 f.).

6.3. Die Gesuchstellerin übersieht bei ihrer Argumentation, dass die Vorinstanz nicht über eine alternierende Obhut zu entscheiden, sondern zu prüfen hatte, ob die diesbezügliche Vereinbarung der Parteien mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Aus Sicht der Gesuchstellerin mag eine alleinige Obhut dem Kindeswohl "besser" entsprechen. Massgebend ist indes einzig, ob die getroffene Vereinbarung das Kindeswohl gefährdet, ansonsten sie zu genehmigen ist (vgl. oben Ziff. 2.2). Hinsichtlich des Vorbringens der Gesuchstellerin, einzig eine maximale persönliche Betreuung sei mit dem Kindeswohl vereinbar, ist auf die obigen Ausführungen unter Ziff. 2.3 zu verweisen. Im Übrigen setzt sich die Gesuchstellerin mit der Begründung der Vorinstanz, vorliegend sei nur mit fixen Betreuungstagen das Bedürfnis der Kinder nach einer stabilen und verlässlichen Betreuungsregelung gewährleistet, nicht weiter auseinander, weshalb nicht näher darauf einzugehen ist.

6.4. Nach dem Gesagten stehen auch die neuen Studienpräsenzzeiten der Gesuchstellerin ab dem Herbstsemester 2017 (vgl. Urk. 83/3) einer Genehmigung der Vereinbarung der Parteien betreffend Obhut und Betreuungsanteile nicht entgegen.

7. Zusammenfassend kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, die Vereinbarung der Parteien betreffend Obhut und Betreuungstage sei (mit Ausnahme von Ziff. 2c1 letzter Abschnitt) zu genehmigen. Diesbezüglich ist die Berufung abzuweisen.

8.1. Bezüglich Ziff. 2c1 der Vereinbarung der Parteien vom 18. April 2017 erwog die Vorinstanz, es sei von beiden Seiten glaubhaft gemacht worden, dass beide Parteien die Kinderbetreuung nicht immer persönlich übernehmen könnten. Ebenfalls habe sich herauskristalliert, dass sich der seit der Verhandlung vom 18. April 2017 bestehende Konflikt der Parteien im Kern um den letzten Abschnitt von Ziff. 2c1 der Teilkonvention zu drehen scheine. Gemäss diesem Abschnitt würden sich die Parteien verpflichten, den jeweils anderen Elternteil im Voraus um Übernahme der Betreuung der Kinder anzufragen, wenn sie nicht der Lage sind, die Betreuung selbst zu übernehmen. Nach dem Wortlaut gelte dies auch, wenn die Kinder anderenfalls fremdbetreut würden. Die von beiden Seiten eingereichte Korrespondenz zeige indes, dass die getroffene Abmachung wenig praktikabel sei

und sich der Konflikt vor allem deshalb seit der Verhandlung vom 18. April 2017 zugespitzt zu haben scheine. Diese Klausel könne aber ohnehin nur funktionieren, wenn die Parteien angemessen miteinander kommunizieren könnten, was derzeit nicht möglich sei. Ausserdem würde die Klausel zu einer dem Kindeswohl widersprechenden Instabilität führen, indem die Kinder allenfalls stundenweise vom einen und den Rest des Tages vom anderen Elternteil betreut würden. Dies könne nicht im Interesse der Kinder liegen, welche sich auf eine stabile Tages- und Wochenstruktur verlassen können müssten. Unter dem Aspekt der Stabilität sei eine Regelung mit einer fixen Betreuungsverantwortung der Eltern vorzuziehen. Um weiteren Zündstoff zu vermeiden und eine klare Regelung zu schaffen, sei der entsprechende Abschnitt dergestalt anzupassen, dass zwar die Möglichkeit, aber weder ein Recht noch eine Pflicht bestehe, den anderen Elternteil um Übernahme der Betreuung anzufragen (Urk. 68 S. 39 ff.).

8.2. Soweit die Gesuchstellerin wiederum rügt, nur eine Regelung, welche eine maximale persönliche Betreuung zulasse und dieser den Vorrang vor einer Fremdbetreuung einräume, sei mit dem Kindeswohl vereinbar (Urk. 67 S. 58), ist ihr mit Verweis auf die obigen Ausführungen unter Ziff. 2.3 nicht zu folgen.

8.3. Weiter bringt die Gesuchstellerin vor, der Konflikt der Parteien gründe nicht auf dem Umstand, dass in der Vereinbarung der Betreuung durch die Gesuchstellerin Vorrang eingeräumt worden sei, sondern vielmehr darauf, dass die Formulierung unklar gehalten gewesen sei. Die von ihr beantragte Konkretisierung könne dem vorbeugen, womit sich Konflikte – zumindest in diesem Zusammenhang – vermeiden liessen (Urk. 67 S. 58). Auch darin kann der Gesuchstellerin nicht gefolgt werden. Die Formulierung ist ausreichend klar, betrifft aber eine Angelegenheit, bezüglich welcher die Parteien sehr unterschiedliche Auffassungen haben und welche sich bis anhin als überaus konflikträchtig erwies. So warfen sich die Parteien bereits kurz nach Abschluss der Vereinbarung gegenseitig vor, der andere Elternteil habe die Kinder entgegen dieser Vereinbarung mehrfach ohne vorgängige Absprache fremdbetreuen lassen (vgl. Urk. 31 S. 7 ff.; Urk. 32; Urk. 39 S. 5; Urk. 46 S. 13 f. und S. 23 ff.). Solche Streitigkeiten gilt es zu vermeiden. Die Vorinstanz kam daher völlig zu Recht zum Schluss, es sei vorerst eine Regelung

zu treffen, welche weniger konfliktbehaftet ist und damit geringere Anforderungen an die Kompromissfähigkeit der Parteien stellt. Sie trug dabei dem Anliegen der Gesuchstellerin ausreichend Rechnung, indem die Parteien weiterhin die Möglichkeit haben, den anderen Elternteil um Übernahme der Betreuung anzufragen.

9. Die Vorinstanz erwog sodann, in der Vereinbarung der Parteien vom 18. April 2017 gebe es zwar eine spezifische Regelung für den Ostermontag, hingegen fehle eine solche Regelung für den Pfingstmontag. Entsprechend sei antragsgemäss eine Regelung analog derjenigen für Ostermontag, aber mit umgekehrter Betreuung zu treffen. Somit sei im Sinne einer Präzisierung von Ziff. 2c3 festzulegen, dass die Kinder in Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsonntag ab 09.00 Uhr bis Pfingstmontag 20.00 Uhr von der Gesuchstellerin betreut werden. In Jahren mit gerader Jahreszahl gelte die umgekehrte Regelung (Urk. 68 S. 43 und S. 61 Dispositiv-Ziff. 5 und 6). Die Gesuchstellerin scheint übersehen zu haben, dass die Vorinstanz ihrem diesbezüglichen Antrag (vgl. Urk. 46 S. 5) bereits gefolgt ist. Dementsprechend ist auf den Rechtsmittelantrag Ziff. 1.2.2 mangels Beschwer nicht einzutreten.

10. Die Vorinstanz beauftragte den Beistand, die Umsetzung der angeordneten Weisung betreffend Elternberatung zu überprüfen (Urk. 68 S. 45 und S. 61 f. Dispositiv-Ziff. 6). Dies scheint notwendig, zumal die Parteien bislang (jedenfalls bis Anfang Oktober 2017) der in der Sache unangefochten gebliebenen Weisung zum Besuch einer Elternberatung nicht nachgekommen sind (vgl. Urk. 77/2 und 83/8-9). Damit der Beistand dieser Aufgabe nachkommen kann, ist die Weisung zum Besuch einer Elternberatung (Urk. 68 S. 62 Dispositiv-Ziff. 8) antragsgemäss mit der Verpflichtung der Parteien zur Befreiung der jeweiligen Fachstellen von der Schweigepflicht gegenüber dem Beistand zu ergänzen. Hingegen ist es dem Beistand zu überlassen, wie er die Umsetzung der Weisung überwacht, weshalb der Rechtsmittelantrag Ziff. 2.1 der Gesuchstellerin abzuweisen ist.

11. Zusammenfassend sind die Rechtsmittelanträge Ziff. 1.1, 1.1.1 und 1.1.2 der Gesuchstellerin abzuweisen. Damit einhergehend werden die Rechtsmittelanträge Ziff. 1.1.5-10 hinfällig, da die Gesuchstellerin nur für den Fall einer alleinigen Obhut oder bei einer Änderung der Betreuungsanteile eine entsprechende Anpas-

sung der vereinbarten Kinderunterhaltsbeiträge verlangt (vgl. Urk. 67 S. 4 ["ab Rechtskraft des ihr die alleinige Obhut einräumenden Entscheides"]) sowie Urk. 67 S. 60 f. Rz. 105 ["Die Höhe der zu leistenden Kinderunterhaltsbeiträge bestimmt sich auch nach dem jeweiligen Betreuungsanteil. Antragsgemäss wären mithin die Kinderunterhaltsbeiträge anzupassen ..."]. Weiter ist der Eventualantrag Ziff. 1.2.1 abzuweisen. Auf den Eventualantrag Ziff. 1.2.2 ist nicht einzutreten. Schliesslich ist der Rechtsmittelantrag Ziff. 2.1 abzuweisen, wohingegen der Rechtsmittelantrag Ziff. 2.2 gutzuheissen ist.

C. Zuteilung der ehelichen Wohnung

1. Die Gesuchstellerin führt den Antrag betreffend Wohnungszuteilung bei ihren Eventualbegehren ("für den Fall, dass die Trennungsvereinbarung (Teilkonvention) vom 18. April 2017 genehmigt werden sollte", Urk. 67 S. 5; vgl. im Übrigen auch Urk. 67 S. 67 Rz. 124) nicht auf. Es ist daher davon auszugehen, dass sie nur für den Fall einer alleinigen Obhut oder bei einer Änderung der Betreuungsanteile die Zuteilung der ehelichen Wohnung an sich verlangt (Rechtsmittelantrag Ziff. 1.1.4), weshalb auch dieser Antrag mit der Abweisung der Rechtsmittelanträge Ziff. 1.1, 1.1.1 und 1.1.2 hinfällig wird.

2.1. Selbst wenn der Rechtsmittelantrag Ziff. 1.1.4 materiell zu beurteilen gewesen wäre, wäre er aus folgenden Gründen abzuweisen gewesen.

2.2. Die Vorinstanz erwog in Berücksichtigung der massgeblichen Zuteilungskriterien (vgl. Urk. 68 S. 49 f. E. II/F/1.1 und 1.2), die eheliche Wohnung sei dem Gesuchsgegner zuzuweisen, da er daran insgesamt ein grösseres Interesse bzw. einen grösseren Nutzen habe glaubhaft machen können, indem er aus beruflichen Gründen auf das dort eingerichtete Büro angewiesen sei. So befänden sich dort seine rund 1'000 Bücher, welche er zur Vorbereitung seiner Lesungen benötige. Hinzu komme, dass sich das Atelier, wo er die entsprechenden Tonaufnahmen tätige, in der Nähe der Wohnung befinde, was unbestritten geblieben sei. Ebenso wenig seien der Umfang der Bücher und die Tatsache, dass der Gesuchsgegner diese für seine Arbeit benötige, von der Gesuchstellerin bestritten worden. Entgegen der Darstellung der Gesuchstellerin habe der Gesuchsgegner

sodann nie ausgeführt, er könne die Bibliothek in sein Atelier und in eine neue Wohnung verbringen bzw. jene könne in jeder beliebigen Wohnung untergebracht werden. Er habe vielmehr einzig ausgeführt, einzelne Bücher mitnehmen zu können, nicht jedoch die gesamte Bibliothek. Insbesondere im Atelier habe es dafür zu wenig Platz. Dies bzw. die engen Platzverhältnisse seien von der Gesuchstellerin nicht substantiiert bestritten worden. Sie habe lediglich vorgebracht, dass es womöglich ohnehin mehr Sinn mache, die Bücher gleich im Atelier zu lagern. Schliesslich wirke nachgeschoben, wenn die Gesuchstellerin ausführe, dass das Atelier gar kein Tonstudio, sondern ein klassisches Büro sei, in welchem auch ein Tonaufnahmegerät stehe, und alle anderen Büroarbeiten stets von dort aus erledigt worden seien. Daher sei auf die glaubhaften Vorbringen des Gesuchsgegners abzustellen, wonach er aus beruflichen Gründen auf die Wohnung angewiesen sei (Urk. 68 S. 53 f.).

2.3. Die Gesuchstellerin rügt, es sei nicht glaubhaft, dass der Gesuchsgegner wegen seiner Bibliothek auf die eheliche Wohnung angewiesen sei. Selbst wenn man davon ausginge, dass er tatsächlich 1'000 Bücher habe, liessen sich diese ohne Weiteres in vier Regalen unterbringen, welche problemlos gezügelt werden könnten. Darüber hinaus habe er selbst ausgeführt, dass beide Parteien dieses Zimmer seit Jahren als Arbeitszimmer genutzt hätten. Im Gegensatz zu ihm verfüge sie allerdings über kein externes Büro (Urk. 67 S. 71 f.).

2.4. Die Gesuchstellerin begründet ihre Schlussfolgerung zwar mit der "notorischen" Rechnung, dass ein Buch eine durchschnittliche Breite von zwei Zentimetern habe, so dass bei 1'000 Büchern 20 Meter Regal benötigt würden. Dafür genügten vier herkömmliche Regale mit einer Breite von 80 Zentimetern und sechs Fächern (vgl. Urk. 67 S. 71). Ihre Rechnung geht allerdings von der Prämisse aus, dass die Bücher des Gesuchsgegners eine durchschnittliche Breite von zwei Zentimetern haben. Dabei handelt es sich um eine Tatsachenbehauptung, welche sie erstmals im Berufungsverfahren vorbringt, ohne jedoch deren novenrechtliche Zulässigkeit darzulegen. Es handelt sich daher um ein unzulässiges neues Vorbringen (vgl. oben Ziff. II/3).

2.5. Der Gesuchsgegner hatte vor Vorinstanz ausgeführt, er habe in der Wohnung ein Büro, in welchem er seine Bibliothek mit rund 1'000 Büchern untergebracht habe. Diese Bücher benötige er, um sich auf seine Rollen oder Lesungen vorzubereiten. Diese Vorbereitungsarbeiten verrichte er im Büro zu Hause. Im nahegelegenen Atelier nehme er dann die Texte auf. Daher sei er aus beruflichen Gründen auf die Wohnung angewiesen (Urk. 11 S. 10 Rz. 42; vgl. auch Prot. I S. 40 f.). Die Gesuchstellerin brachte dagegen vor, der Gesuchsgegner habe keine Gründe vorbringen können, warum ihm die Wohnung mehr nütze. Er habe einzig geltend gemacht, dass er die Bibliothek, d.h. Regale mit Büchern, nutze und eine nicht näher definierte und vage Beziehung zur Atmosphäre im Raum habe. Regale mit Büchern könnten indes in jeder beliebigen Wohnung untergebracht werden (Urk. 19 S. 6). In einer weiteren Eingabe führte die Gesuchstellerin aus, das Atelier des Gesuchsgegners sei kein Tonstudio, sondern ein klassisches Büro, in dem auch ein Tonaufnahmegerät stehe. Auch alle anderen Büroarbeiten seien stets von dort aus erledigt worden. Zudem teile sich der Gesuchsgegner dieses Atelier mit einer anderen Benutzerin, die dort ausschliesslich normale Büroarbeiten erledige (Urk. 33 S. 5). Damit hatte die Gesuchstellerin weder bestritten, dass der Gesuchsgegner die Vorbereitungsarbeiten für seine Lesungen und Rollen zu Hause im Arbeitszimmer mit der Bibliothek tätigte, noch dass ein Umzug der Bibliothek in das Atelier aufgrund der dortigen beengten Platzverhältnisse nicht in Betracht komme (vgl. Prot. I S. 41), noch dass das Atelier in der Nähe der ehelichen Wohnung gelegen ist. Vor diesem Hintergrund kam die Vorinstanz in nachvollziehbarer Weise zum Schluss, der Gesuchsgegner habe ein grösseres Interesse bzw. einen grösseren Nutzen an der ehelichen Wohnung, da er dort die Vorbereitungsarbeiten für seine Rollen und Lesungen tätige und sie somit für seine Berufsausübung nutze. Die Gesuchstellerin vermag in ihrer Berufung nicht aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz den Nutzen falsch eingeschätzt hat, indem sie im Wesentlichen auf berufliche Gründe abstellte. Solche hatte allerdings nur der Gesuchsgegner dargetan, zumal die Gesuchstellerin nicht vorgebracht hatte, sie habe im Arbeitszimmer der ehelichen Wohnung für das Studium gelernt oder Arbeiten geschrieben. Soweit die Gesuchstellerin geltend macht, es sei dem Gesuchsgegner eher als ihr zumutbar, eine neue Wohnung zu finden (Urk. 67 S. 68),

handelt es sich um ein Zuteilungskriterium, das erst dann zum Tragen käme, wenn nicht festgestellt werden könnte, wem die Wohnung einen grösseren Nutzen bringt (BGE 120 II 1 E. 2c). Im Ergebnis ist daher der vorinstanzliche Entscheid hinsichtlich der Zuteilung der ehelichen Wohnung zu bestätigen.

D. Kostenfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens

1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren auf Fr. 6'000.– fest und auferlegte die Kosten des Verfahrens den Parteien je zur Hälfte. Parteientschädigungen sprach sie keine zu (Urk. 68 S. 66 Dispositiv-Ziffern 12-14). Dies blieb unangefochten (vgl. Urk. 67 S. 75).

2. Auch unter Berücksichtigung der durch das Berufungsverfahren erfolgten geringfügigen Modifikation des vorinstanzlichen Entscheids erweist sich der vorinstanzliche Kostenentscheid als angemessen. Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Urk. 68 S. 66 Dispositiv-Ziffern 12-14) ist daher zu bestätigen.

IV.

1. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es sich, in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichtes vom 8. September 2010 eine Entscheidgebühr von Fr. 5'500.– festzusetzen. Strittig waren im vorliegenden Berufungsverfahren die Obhut über C._____ und D._____ und die Zuteilung der ehelichen Wohnung, wobei der letzte Punkt aufwandmässig vernachlässigbar ist. In Bezug auf die Frage der Obhutzuteilung sind die Parteien praxisgemäss je zur Hälfte als obsiegende Partei zu betrachten (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO; ZR 84 Nr. 41). Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind ihnen daher je zur Hälfte aufzuerlegen und für dieses sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

2. Die Gesuchstellerin beantragt, der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, ihr (für das Berufungsverfahren) einen Prozesskostenbeitrag von mindestens Fr. 5'000.– zu bezahlen (Urk. 67 S. 7). Grundsätzlich muss ein Rechtsbegehren so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann (BGE 137 III 617 E. 4.3). Aus diesem Prozessgrundsatz folgt, dass die auf Geldzahlung gerichteten Anträge zu beziffern sind (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Diesen Anforderungen genügt das Begehren der Gesuchstellerin nicht, da sich auch der Begründung nicht entnehmen lässt, ob sie einen Prozesskostenbeitrag von genau Fr. 5'000.– verlangt (diesfalls wäre aber die gewählte Formulierung überaus unpräzise, was bei einer anwaltlich vertretenen Partei nicht anzunehmen ist). Auf den Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags für das zweitinstanzliche Verfahren ist daher nicht einzutreten. Aber selbst wenn von einer ausreichenden Bezifferung auszugehen wäre, wäre der Antrag abzuweisen, da die Gesuchstellerin nicht mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO ist. Sie studiert an der ... (Masterstudiengang in ...). Daneben arbeitet sie beim I. _____ und seit Sommer 2017 in einem Beratungsbüro. Damit verdient sie im Durchschnitt insgesamt ca. Fr. 720.– pro Monat (vgl. Urk. 67 S. 77 f., Urk. 70/4-6). Es ist offenkundig, dass sie damit ihren Lebensunterhalt nicht finanzieren kann. Allerdings verfügt sie über Ersparnisse von rund Fr. 30'000.–. Die Gesuchstellerin macht geltend, sie müsse diese Ersparnisse zur Deckung ihres Mankos und zur Finanzierung ihres Studiums aufbrauchen (Prot. I S. 14). Diese Darstellung ist indes nicht glaubhaft, da die Gesuchstellerin seit Februar 2017 im Masterstudiengang immatrikuliert ist (Urk. 77/1), seither keine Stipendien mehr bekommt (vgl. Urk. 2/2) und ihre Ersparnisse sich dennoch unverändert auf rund Fr. 30'000.– belaufen (Stand Mitte April 2017 gemäss Aussage der Gesuchstellerin rund Fr. 30'000.– [Prot. I S. 14; vgl. auch Urk. 13 S. 4]; Stand per Anfang September 2017 Fr. 30'278.35 [Urk. 70/7 und 70/9]). Somit kann die Gesuchstellerin ihr Studium und ihre Lebenshaltungskosten offensichtlich anderweitig finanzieren, weshalb es ihr zumutbar ist, zur Finanzierung des Berufungsverfahrens auf ihr Vermögen zurückzugreifen, zumal ihr auch dann immer noch ein unter diesen Umständen ausreichender Notgroschen von ungefähr Fr. 20'000.– verbleibt (vgl.

zu den von der Gesuchstellerin hälftig zu übernehmenden Kosten des Berufungsverfahrens oben Ziff. 1 und zu den Kosten der Rechtsvertretung (Urk. 84).

3.1. Für das Berufungsverfahren ersuchen beide Parteien (die Gesuchstellerin eventualiter) um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung (Urk. 67 S. 8 und Urk. 75 S. 2). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Als bedürftig gilt, wer für die Kosten des Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf.

3.2. Die Gesuchstellerin ist – wie soeben unter Ziff. 2 dargelegt – nicht mittellos. Ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist daher abzuweisen.

3.3. Der Gesuchsgegner vermag mit seinem Einkommen von Fr. 4'100.– netto pro Monat (exkl. Kinderzulagen; vgl. Urk. 11 S. 11 f., Urk. 12/6-9) nebst seinen eigenen Lebenshaltungskosten bereits den Barunterhalt für die beiden Kinder nur knapp zu decken (vgl. Urk. 13 S. 3 und Urk. 68 S. 49). Da er auch nicht über nennenswertes Vermögen verfügt (vgl. Urk. 12/9 und 12/21-22), ist er nicht in der Lage, die Prozesskosten innert nützlicher Frist finanzieren zu können. Sein Prozessstandpunkt war nicht aussichtslos und er war auf anwaltlichen Beistand angewiesen, zumal auch die Gesuchstellerin anwaltlich vertreten ist. Ihm ist daher auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es ist ihm in der Person seines Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Es wird beschlossen:

1. Auf den Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags für das zweitinstanzliche Verfahren wird nicht eingetreten.
2. Das Eventualgesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin wird abgewiesen.
3. Dem Gesuchsgegner wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
4. Der Antrag der Gesuchstellerin um Beizug der Akten des Gewaltschutzverfahrens am Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Zürich (Geschäfts-Nr. GS170007-L) und derjenigen des Beschwerdeverfahrens am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (Geschäfts-Nr. VB.2017.00115) wird abgewiesen.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Gesuchstellerin wird die Dispositiv-Ziffer 8 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 25. August 2017 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"Die Parteien werden im Sinne vom Art. 307 Abs. 3 ZGB angewiesen, die Beratung KET (Kinder und Eltern in Trennung) beim Marie Meierhofer Institut für das Kind, Schulhausstr. 64, 8002 Zürich aufzusuchen und/oder sich für den Kurs "... " der Beratungsstelle E. _____, ... [Adresse] anzumelden, und die jeweiligen Fachstellen von der Schweigepflicht gegenüber dem Beistand / der Beiständin zu entbinden."
2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das angefochtene Urteil wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.

4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil des Gesuchsgegners wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. 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.

7. 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 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, 8. Dezember 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am: mc