

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE130035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.  
M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber  
lic. iur. F. Rieke

## Beschluss und Urteil vom 24. Mai 2013

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht  
Zürich, 5. Abteilung, vom 18. April 2013 (EE130071-L)**

**Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. April 2013:**

1. Die Begehren um vorsorgliche Sicherungsmassnahmen werden abgewiesen.
2. Den Parteien wird im Sinne einer einstweiligen vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Verfahrens das Getrenntleben bewilligt.
3. Der Gesuchstellerin wird im Sinne einer einstweiligen vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Verfahrens mit sofortiger Wirkung die Obhut über die Kinder C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2001, D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2003, und E.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2006, übertragen.
4. Der Gesuchsgegner wird im Sinne einer einstweiligen vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Prozesses für berechtigt erklärt, die Kinder
  - ab dem 19. Mai 2013 jeden zweiten Sonntag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr,
  - ab dem 13. Juli 2013 jedes zweite Wochenende von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr,
  - ab Oktober 2013 jedes zweite Wochenende von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr,auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Zudem wird der Gesuchsgegner im Sinne einer einstweiligen vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Prozesses ab Oktober 2013 für berechtigt erklärt, die Kinder C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ während der Schulferien für die Dauer von drei Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat der Gesuchsgegner mindesten drei Monate im Voraus mit der Gesuchstellerin abzusprechen.
5. Die eheliche Wohnung [Adresse] wird im Sinne einer einstweiligen vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Verfahrens mit sofortiger Wirkung samt Hausrat und Mobiliar, ausgenommen die persönlichen Effekten des Gesuchsgegners, der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung zugewiesen.
6. Auf das Begehren der Gesuchstellerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen in Bezug auf Unterhaltsbeiträge wird nicht eingetreten.
7. Das Begehren der Gesuchstellerin, es sei dem Gesuchsgegner unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, das eheliche Einfamilienhaus ohne ausdrückliche Zustimmung der Gesuchstellerin zu betreten, wird als gegenstandslos geworden erledigt abgeschrieben.
8. Auf das Begehren der Gesuchstellerin um Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses wird nicht eingetreten.
9. Dem Gesuchsgegner wird eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um die Ergänzung der Gesuchsantwort schriftlich einzureichen. [...]

10. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
11. [Schriftliche Mitteilung]
12. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

### **Berufungsanträge:**

- "1. Ziff. 4 des Urteilsdispositivs (S. 18) sei aufzuheben und es sei im Sinne einer einstweiligen vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Prozesses der Gesuchsgegner und Appellat berechtigt zu erklären, die Kinder auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, nämlich:
- ab Mitte Mai 2013 jeweils am dritten Sonntag eines Monats von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr
  - ab 1. Oktober 2013 jeden ersten und dritten Sonntag eines Monats von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr

Über ein weitergehendes Besuchsrecht sei nach einer Standortbestimmung zu befinden, welche anfangs 2014 vorzunehmen sei, dies nötigenfalls unter Zuhilfenahme der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde.

Den Anträgen unter dieser Ziffer sei im Rahmen der Berufung aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

2. Ziff. 6 des Urteilsdispositivs (S. 19) sei aufzuheben und es sei die Vorinstanz anzuweisen im Sinne einer einstweiligen vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Eheschutzverfahrens Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin und Appellantin und deren Kinder festzulegen, eventualiter seien diese Unterhaltsbeiträge von der Berufungsinstanz festzusetzen. Bei der Höhe der Unterhaltsbeiträge im Rahmen dieser einstweiligen vorsorglichen Massnahmen soll entsprechend dem Vorschlag und der Berechnung der Vorinstanz ein Unterhaltsbeitrag an die Gesuchstellerin und deren Kinder im Umfange von Fr. 4'790.-- zuzüglich Kinderzulagen festgelegt werden.
3. Ziff. 8 des Urteilsdispositivs (S. 19) sei aufzuheben und es sei die Vorinstanz anzuweisen, einen Prozesskostenvorschuss zulasten des Gesuchsgegners und Appellaten festzulegen, eventualiter sei seitens der Berufungsinstanz ein Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'000.-- zulasten des Gesuchsgegners und Appellaten festzusetzen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Gesuchsgegners und Appellaten."

### **Erwägungen:**

1. a) Die Parteien sind seit tt. Januar 2001 verheiratet und haben drei Söhne: C.\_\_\_\_\_ (geboren tt.mm.2001), D.\_\_\_\_\_ (geboren tt.mm.2003) und E.\_\_\_\_\_ (geboren tt.mm.2006; Vi-Urk. 6). Sie stehen seit 15. Februar 2013 vor Vorinstanz im Eheschutzverfahren (Vi-Urk. 1). Auf Antrag der Gesuchstellerin erliess die Vorinstanz mit Verfügung vom 18. April 2013 die eingangs aufgeführten vorsorglichen Massnahmen (Vi-Urk. 31 = Urk. 2).

b) Hiergegen hat die Gesuchstellerin am 2. Mai 2013 fristgerecht Berufung mit den eingangs aufgeführten Berufungsanträgen erhoben (Urk. 1).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden (analog Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Der Berufungsentscheid ist zu begründen (Art. 318 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 112 BGG), wobei die Begründung kurz ausfallen darf, wenn der angefochtene Entscheid bestätigt wird (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, N. 54 zu Art. 318 ZPO); insbesondere ist es zulässig, auf die Begründung des zu bestätigenden erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen (BGE 126 III 353 Erw.1 m.Hinw.). Die Berufungsschrift muss sich mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen; das Berufungsgericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht geradezu willkürlich angewandt worden (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 36 zu Art. 311 ZPO).

b) Mit dem heutigen Endentscheid im Berufungsverfahren wird das Begehren der Gesuchstellerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ihrer Berufung (Berufungsantrag 1 a.E.) obsolet.

### 3. Besuchsrecht

a) Die Vorinstanz erwog, es erscheine als wahrscheinlich, dass es sich beim vorliegenden Verfahren um ein längeres handeln werde; daher sei über die Anträge betreffend Kinderbelange vorsorglich zu entscheiden. Die Vorinstanz übertrug in der Folge die Obhut über die drei Söhne der Parteien einstweilen der Gesuchstellerin. Zum Besuchsrecht erwog die Vorinstanz, es seien keine Anzeichen ersichtlich, dass das Kindeswohl bei einem gerichtsblichen Besuchsrecht gefährdet wäre. Aufgrund der längerdauernden Kontaktstille sei der Umfang des Besuchsrechts aber stufenweise auszubauen; den Kindern müsse die Möglichkeit gegeben werden, dem Vater (Gesuchsgegner) Schritt für Schritt wieder näher zu kommen. Es sei auch die bis zum 14. Mai 2013 dauernde Kontaktsperre zu berücksichtigen (Urk. 2 S. 12-15). Die Vorinstanz hat daher für die Kinder und den Gesuchsgegner – nach einer rund zweimonatigen Anlaufphase – ein gerichtsbliches Besuchsrecht festgesetzt (Disp.-Ziff. 4).

Demgegenüber will die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner und den Kindern nur ein eingeschränktes Besuchsrecht zugestehen (Berufungsantrag 1).

b) Hinsichtlich der allgemeinen Kriterien für die Bemessung des persönlichen Verkehrs kann vorab auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 2 S. 12) verwiesen werden.

c) Die Gesuchstellerin macht berufsungsweise geltend, die Vorinstanz habe die Vorfälle vom 15. und 28. Januar 2013 nicht gewürdigt, was eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs darstelle. Dies sei zwar eine Auseinandersetzung zwischen den Parteien gewesen, die Kinder hätten diese aber mitbekommen und würden darunter leiden. Für die Kinder habe ärztliche Hilfe in Anspruch genommen werden müssen und die Vorinstanz hätte einen Bericht des zuständigen Arztes beiziehen müssen. Der Beeinträchtigung des jüngsten Sohn durch diese Vorfälle sei nun auch im Kindergarten festgestellt worden. Bei der vorinstanzlichen Kinderanhörung seien diese tief sitzenden und verborgenen Ängste ignoriert worden (Urk. 1 S. 4-7). Die Ängste und Verunsicherungen müssten zuerst aufgear-

beitet werden, bevor Übernachtungen und Ferienbesuchsrechte in Frage kämen (Urk. 1 S. 8 f.).

Der Streit zwischen den Parteien soll nicht bagatellisiert werden, ist aber letztlich – wie ja auch die Gesuchstellerin erkannt hat (Urk. 1 S. 4) – ein Streit zwischen den Parteien. Kinder sind im Streit der Eltern naturgemäss regelmässig (direkt oder indirekt) mitbetroffen, was bedauerlich ist, aber in der Verantwortung beider Elternteile liegt; insofern geben Verunsicherungen, Loyalitätskonflikte etc. grundsätzlich keinen Anlass zu Einschränkungen des persönlichen Verkehrs mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil. Im Gegenteil ist dieser baldmöglichst in einem Mass zu installieren, dass eine – vom obhutsberechtigten Elternteil zwar vielleicht begrüsst, jedoch nicht im richtig verstandenen Wohl der Kinder liegende – Entfremdung vom nicht obhutsberechtigten Elternteil vermieden wird. Die Anhörung der Kinder hat sodann am 11. April 2013 stattgefunden (Vi-Urk. 30), somit einige Zeit nach den Ereignissen vom Januar 2013 und nur kurze Zeit vor dem Entscheid über das vorsorgliche Besuchsrecht. Auch wenn es letztlich ein Entscheid des Gerichts und nicht der Kinder ist, haben sich diese in der Anhörung doch hinreichend deutlich zugunsten eines Besuchsrechts geäussert (vgl. Vi-Urk. 30 S. 2 und beso. S. 3). Ob die Vorinstanz ärztliche Berichte für den (End-) Entscheid des Eheschutzverfahrens einholen will, wird sie zu entscheiden haben; dass für den von der Gesuchstellerin selbst verlangten Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen keine solchen beigezogen wurden, ist jedenfalls nicht zu beanstanden. Inwiefern für die Ausgestaltung des Besuchsrechts relevant sein soll, dass sich der Gesuchsgegner über das vom Zwangsmassnahmengericht verfügte Kontaktverbot hinweggesetzt habe (Urk. 1 S. 7), ist nicht zu sehen.

d) Die Gesuchstellerin macht sodann geltend, die Vorinstanz habe übergangen, dass der Gesuchsgegner seit Januar 2013 keine Unterhaltsbeiträge leistete; auch dies habe die Kinder äusserst verängstigt und verunsichert (Urk. 1 S. 7).

Wenn ein an sich unterhaltsverpflichteter Elternteil überhaupt keine Unterhaltsbeiträge leistet, ist dies kein verantwortungsvolles Verhalten und führt auch häufig dazu, dass dieser vom anderen (auf finanzielle Mittel angewiesenen) Elternteil bei den Kindern in einem schlechten Licht dargestellt wird. Dass dies (bei-

des) dem Kindeswohl nicht förderlich ist, liegt auf der Hand. Die Gesuchstellerin ignoriert jedoch, dass die Ausgestaltung und Bemessung des Besuchsrechts keinesfalls von allfälligen Unterhaltsbeiträgen abhängig ist. Auch in dieser Hinsicht hat daher die Vorinstanz das Recht korrekt angewendet.

e) Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe die Kontakte zwischen den drei gemeinsamen Kindern und ihrem älteren Halbbruder (Sohn des Gesuchsgegners) unrichtig geschildert (Urk. 1 S. 7 f.).

Allfällige Kontakte der Kinder zu ihrem Halbbruder haben keinen Einfluss auf die vorinstanzliche Bemessung des Besuchsrechts gehabt. Die Gesuchstellerin zeigt nicht auf und es ist auch nicht zu sehen, inwiefern jene Kontakte zu einer Einschränkung des Besuchsrechts führen sollten. Auch die von der Gesuchstellerin angeschnittene Frage, welcher Elternteil eher Kontakte zum anderen gewährleisten kann (Urk. 1 S. 7), wird wohl bei der Obhutszuteilung im Rahmen des Endentscheidendes mitberücksichtigt werden, hat jedoch keinen Einfluss auf die Regelung des Besuchsrechts.

f) Nach dem Gesagten erweist sich das von der Vorinstanz für die Prozessdauer festgesetzte Besuchsrecht als den konkreten Umständen angemessen. Die möglichst konfliktfreie Durchführung desselben liegt im Verantwortungsbereich beider Parteien.

#### 4. Unterhaltsbeiträge

a) Die Vorinstanz erwog zu den von der Gesuchstellerin als vorsorgliche Massnahme verlangten Unterhaltsbeiträgen, die vorsorgliche Leistung einer Geldzahlung müsse vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen sein. Für das Eheschutzverfahren sei dies nicht vorgesehen, was keine Gesetzeslücke sei und dadurch gemildert werde, dass dieses im summarischen Verfahren geführt werde und daher die Spruchreife von vorsorglichen Massnahmen mit dem Endentscheid zusammen falle. Daher sei auf das entsprechende Begehren der Gesuchstellerin nicht einzutreten (Urk. 2 S. 15).

b) Die Gesuchstellerin macht berufungsweise geltend, der vorinstanzliche Entscheid sei schlicht nicht nachvollziehbar und stelle eine Rechtsverweigerung dar. Sie habe glaubhaft dargelegt, dass der Gesuchsgegner seit Januar 2013 keine Unterhaltsbeiträge geleistet habe, weder für sie noch für die Kinder. Der Gesuchsgegner habe bis Juli 2012 ein sehr gutes Einkommen erzielt; dass er keine Einkünfte mehr habe, sei nicht vorstellbar. Entgegen der Vorinstanz bestehe mit Art. 163 ZGB eine rechtliche Grundlage zur Leistung einer Geldzahlung. Die Vorinstanz selbst gehe von einem länger dauernden Verfahren aus; daher sei es unhaltbar, sie (die Gesuchstellerin) und die Kinder dem finanziellen Notstand auszusetzen. Art. 262 lit. e ZPO sehe die Leistung einer Geldzahlung in den vom Gesetz bestimmten Fällen vor; dazu gehöre auch Art. 163 in Verbindung mit Art. 176 ZGB (Urk. 1 S. 10-12).

c) Dass Art. 176 ZGB (i.V.m. Art. 163 und Art. 278 ZGB) die gesetzliche Grundlage für die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren bildet, dürfte klar sein. Fraglich und von der Vorinstanz verneint ist hingegen, ob im Eheschutzverfahren auch eine *vorsorgliche* Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen rechtlich zulässig ist. Bei vorsorglichen Geldzahlungen verlangt das Gesetz neben einem drohenden Nachteil ausdrücklich, dass diese Massnahme (die vorsorgliche Zahlung) im Gesetz vorgesehen ist (Art. 262 lit. e ZPO). Eine solche Regelung findet sich für das Scheidungsverfahren und bei Unterhaltsklagen (Art. 276, Art. 303 ZPO), jedoch nicht für das Eheschutzverfahren (Art. 271 ff.). Letzteres ist keine Lücke; es besteht kein Raum für eine analoge Lückenfüllung (vgl. Beschluss der Kammer vom 8.2.2012, LE110069, publiziert im Internet unter [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch) → Entscheide → Entscheide neue ZPO). Die vorsorgliche Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren mag daher aus praktischer Sicht wünschbar erscheinen (insofern ist der Gesuchstellerin zuzustimmen), ist jedoch aus rechtlichen Gründen nicht möglich. Damit erweist sich auch die diesbezügliche Rechtsanwendung und der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz als korrekt.

5. Prozesskostenvorschuss

a) Auch zum von der Gesuchstellerin verlangten Prozesskostenvorschuss erwog die Vorinstanz, die Leistung einer Geldzahlung als vorsorgliche Massnahme sei im Eheschutzverfahren nicht möglich, weshalb auch auf diesen Antrag nicht einzutreten sei (Urk. 2 S. 17).

b) Die Gesuchstellerin macht hierzu berufungsweise geltend, der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz sei aus denselben Gründen wie bei den Unterhaltsleistungen nicht gerechtfertigt (Urk. 1 S. 13).

c) Zur Unzulässigkeit der vorsorglichen Zusprechung von Geldleistungen im Eheschutzverfahren kann auf die Erwägungen zu den Unterhaltsbeiträgen (vorstehend Erw. 4.c) verwiesen werden.

Bloss ergänzend sei darauf hingewiesen, dass – entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der Gesuchstellerin – Grundlage für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses nicht die eheliche Unterhaltspflicht (Art. 163 ZGB) bildet, sondern nach der konstanten Praxis der Kammer die eheliche Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB; ZR 85/1986 Nr. 32). Für den vorliegenden Fall hat dies allerdings keine Auswirkungen.

6. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung in allen Punkten als unbegründet und ist die angefochtene Verfügung zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

7. a) Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 2'000.-- festzusetzen (§ 6 Abs. 2 lit. b GebV OG).

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der unterliegenden Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Die Gesuchstellerin hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Hinsichtlich des Besuchsrechts ist die Berufung jedoch als von Anfang aussichtslos zu qualifizieren. Die Frage der vorsorglichen Zusprechung von Geldleistungen im Eheschutzverfahren ist zwar höchst-

richterlich noch nicht geklärt, die Berufungsvorbringen der Gesuchstellerin waren jedoch von Anfang an nicht geeignet, die publizierte Praxis der Kammer zu erschüttern, weshalb die Berufung auch in dieser Hinsicht als aussichtslos anzusehen ist. Demgemäss ist das Armenrechtsgesuch der Gesuchstellerin abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

d) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner mangels relevanter Umtriebe (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), der Gesuchstellerin zufolge von deren Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der Gesuchstellerin wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **Sodann wird erkannt:**

1. Die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 18. April 2013 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von Urk. 1, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 24. Mai 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:  
se