

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170002-O/U

Mitwirkend: Obergerichtspräsidentin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Dr. M. Schaffitz und Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber lic. iur.
M. Hochuli

Beschluss und Urteil vom 23. Mai 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 4. Januar 2017 (EE160026-B)

Rechtsbegehren:

Des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 6/12 S. 2):

- " 1. Es sei dem Gesuchsteller infolge besonderer Dringlichkeit die Obhut für die beiden gemeinsamen Kinder C._____, geboren tt.mm.2005, und D._____, geboren tt.mm.2007, mit sofortiger Wirkung und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin bis zum Abschluss des laufenden Verfahrens zuzuteilen und die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die beiden Kinder umgehend wieder in die Familienwohnung an der E._____-Strasse ... in F._____ zurückzubringen.
2. Eventualiter sei der Gesuchsteller mit sofortiger Wirkung und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin für berechtigt zu erklären, die beiden Kinder täglich für mindestens zwei Stunden zu treffen. Ausserdem sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall zu verpflichten, den beiden Kindern umgehend wieder den Schulbesuch an ihren bisherigen Schulorten zu ermöglichen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Andelfingen **vom 4. Januar 2017:** (Urk. 2 S. 13 f.)

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien seit dem 6. Dezember 2016 getrennt leben.
2. Die Obhut über die Kinder C._____, geboren tt.mm.2005, und D._____, geboren tt.mm.2007, wird vorderhand der Beklagten zugeteilt.
3. Das Besuchsrecht des Klägers wird vorderhand wie folgt geregelt:
Jeweils mittwochs und samstags von 14.00 Uhr bis 18.00 Uhr
4. Auf die Festsetzung eines Ferienbesuchsrechts wird vorderhand verzichtet.
5. Der Kläger wird mit Wirkung ab dem 4. Januar 2017 verpflichtet, der Beklagten für die Dauer des Getrenntlebens an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder C._____, geboren tt.mm.2005, und D._____, geboren tt.mm.2007, monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'250.– pro Kind (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar an die Beklagte, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
6. Auf die Festsetzung eines persönlichen Unterhaltsbeitrags für die Beklagte wird vorderhand verzichtet.

7. Der Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die Beklagte wird gutgeheissen. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten bis spätestens am 15. Februar 2017 einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 6'000.– auszurichten.
8. Über den Antrag auf Anordnung der Gütertrennung wird später entschieden.
9. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Rahmen des Hauptverfahrens geregelt.
10. (Schriftliche Mitteilung)
11. (Berufung)

Berufungsanträge:

A. Des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Dispositiv-Ziffern 2, 3, 4 und 5 der Verfügung des Einzelgerichts s.V. des Bezirksgerichts Andelfingen vom 4. Januar 2017 (EE160026-B) seien aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:
 - "2. Die Obhut über die beiden Kinder C._____, geboren tt.mm.2005, und D._____, geboren tt.mm.2007, wird vorderhand, d.h. für die Dauer des Eheschutzverfahrens, dem Gesuchsteller alleine zugeteilt.
 3. Die Gesuchsgegnerin ist vorderhand, d.h. für die Dauer des Eheschutzverfahrens, berechtigt und verpflichtet, die beiden Kinder auf eigene Kosten zu folgenden Zeiten zu betreuen:
 - in geraden Kalenderwochen von Freitagabend, nach Schulschluss, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr;
 - wöchentlich an zwei Nachmittagen, nach Schulschluss, bis um 19.00 Uhr.
 4. Auf die Festsetzung eines Ferienbesuchsrechts wird vorderhand, d.h. für die Dauer des Eheschutzverfahrens, verzichtet.
 5. Es wird festgestellt, dass der Gesuchsteller vorderhand, d.h. für die Dauer des Eheschutzverfahrens, in der Lage ist, für die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der beiden Kinder alleine aufzukommen, und er daher auf die Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen seitens der Gesuchsgegnerin verzichtet."
2. Eventualiter seien die Dispositiv-Ziffern 2, 3, 4 und 5 der vorgenannten Verfügung aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:
 - "2. Die Obhut über die beiden Kinder C._____, geboren tt.mm.2005, und D._____, geboren tt.mm.2007, wird vorderhand, d.h. für die

Dauer des Eheschutzverfahrens, der Gesuchsgegnerin alleine zugeteilt.

3. Der Gesuchsteller ist vorderhand, d.h. für die Dauer des Eheschutzverfahrens, berechtigt und verpflichtet, die beiden Kinder auf eigene Kosten zu folgenden Zeiten zu betreuen:
 - in geraden Kalenderwochen von Freitagabend, nach Schulschluss, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr;
 - wöchentlich an zwei Nachmittagen, nach Schulschluss, bis um 19.00 Uhr;
 - während der ersten Woche der Sportferien (19. bis 26. Februar 2017) und der Frühlingsferien (16. bis 23. April 2017) sowie der ersten zwei Wochen der Sommerferien 2017 (16. bis 30. Juli 2017).
4. Der Gesuchsteller wird mit Wirkung ab dem 4. Januar 2017 verpflichtet, der Gesuchsgegnerin vorderhand, d.h. für die Dauer des Eheschutzverfahrens, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der beiden Kinder monatlich zum Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 770.00 pro Kind, zuzüglich allfälliger vertraglich geregelter oder gesetzlicher Familienzulagen, zu bezahlen."

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

B. Der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 19 S. 2):

- "1. Es seien die Anträge des Berufungsklägers abzuweisen und die Verfügung der Vorinstanz vom 4. Januar 2017 zu bestätigen;
2. es seien die Ziff. 1 und 2 der Verfügung der angerufenen Instanz vom 24. Januar 2017 umgehend aufzuheben und die Kinder D._____ und C._____ für die Dauer des Berufungsverfahrens unter die Obhut der Berufungsbeklagten zu stellen sowie der Schulbesuch in der Primarschule ...-Matt in ... [recte: ...] für D._____ bzw. an der Heilpädagogischen Schule ... in ... für C._____ anzuordnen;
3. es sei der Berufungskläger für das Berufungsverfahren zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten; eventualiter sei der Berufungsbeklagten im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen;
4. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzgl. 8 % MWST zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit November 2004 verheiratet. Sie haben zwei Kinder: C._____, geboren am tt.mm.2005, und D._____, geboren am tt.mm.2007 (Urk. 6/3/1). Am 7. Dezember 2016 reichte der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) bei der Vorinstanz ein Begehren um Anordnung von Eheschutzmassnahmen ein. Zugleich beantragte er die sofortige Zuteilung der Obhut über die beiden Kinder an sich (Urk. 6/1). Mit Verfügung vom 8. Dezember 2016 wies die Vorinstanz den Antrag auf sofortige Obhutszuteilung ab und wies die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) an, den Kindern unverzüglich wieder den Schulbesuch an ihren bisherigen Schulorten zu ermöglichen (Urk. 6/5 S. 4). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2016 wurden die Parteien auf den 21. Dezember 2016 zur Verhandlung vorgeladen (Urk. 6/10). Am 13. Dezember 2016 stellte der Kläger erneut einen Antrag auf sofortige Obhutszuteilung über die beiden Kinder an sich, eventualiter um Anordnung eines Besuchsrechts (Urk. 6/12 S. 2). In der Folge wurde die Beklagte mit Verfügung vom 13. Dezember 2016 mit sofortiger Wirkung verpflichtet, C._____ in die Heilpädagogische Schule ... und D._____ in die Primarschule F'._____ zum Schulbesuch zu bringen und dabei die geltenden Schulstundenpläne zu beachten. Zudem wurde die Beklagte verpflichtet, dem Kläger bis spätestens am 17. Dezember 2016 einen mindestens zweistündigen Kontakt mit den beiden Kindern zu ermöglichen. Schliesslich wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme angesetzt (Urk. 6/14 S. 3), welche rechtzeitig mit Eingabe vom 19. Dezember 2016 erfolgte (Urk. 6/17). Am 21. Dezember 2016 fand die mündliche Verhandlung statt (Prot. I S. 5 ff.) und am Folgetag wurden die Kinder angehört (Urk. 6/28). Am 4. Januar 2017 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 2).

2. Hiergegen erhob der Kläger am 10. Januar 2017 innert Frist (Urk. 6/33/1) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 1 S. 2 f.). Mit Präsidialverfügung vom 12. Januar 2017 wurde der Berufung einstweilen die aufschiebende Wirkung er-

teilt und der Beklagten Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung angesetzt. Ausserdem wurde dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'000.– angesetzt (Urk. 5 S. 2 f.), welcher rechtzeitig geleistet wurde (Urk. 14). Am 20. Januar 2017 beantragte die Beklagte die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 10B S. 2). Mit Eingabe vom 23. Januar 2017 beantragte der Kläger, ihm sei mit sofortiger Wirkung und ohne Anhörung der Beklagten für die Dauer des Berufungsverfahrens die Obhut über die beiden Kinder zuzuteilen (Urk. 15 S. 2). Mit Verfügung vom 24. Januar 2017 wurde der Berufung die aufschiebende Wirkung erteilt und angeordnet, dass C._____ weiterhin die Heilpädagogische Schule in ... und D._____ weiterhin die Primarschule in F'._____ zu besuchen haben. Weiter wurde im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Obhut über die beiden Kinder jeweils von Sonntag Abend, 18.00 Uhr, bis Freitag nach Schulschluss (derzeit 15.00 Uhr) dem Kläger und von Freitag nach Schulschluss (derzeit 15.00 Uhr) bis Sonntag Abend, 18.00 Uhr, der Beklagten zugeteilt. Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist zum Erstellen der Berufungsantwort sowie zur Stellungnahme zur Eingabe des Klägers vom 23. Januar 2017 angesetzt (Urk. 17 S. 13 f.). Mit Schreiben vom 3. Februar 2017 erstattete die Beklagte innert Frist die Berufungsantwort und die Stellungnahme (Urk. 19; Anträge eingangs wiedergegeben). Mit Beschluss vom 10. Februar 2017 wurden die Anträge der Beklagten auf Entzug der aufschiebenden Wirkung der Berufung sowie Wiedererwägung der in Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung vom 24. Januar 2017 vorsorglich geregelten Obhutszuteilung über die beiden Kinder abgewiesen und dem Kläger Frist zur Novenstellungnahme angesetzt (Urk. 22 S. 5). Mit Eingabe vom 6. März 2017 nahm der Kläger innert erstreckter Frist entsprechend Stellung (Urk. 25). Diese Stellungnahme wurde der Beklagten zur Kenntnis gebracht (Urk. 28). Am 14. März 2017 leitete die KESB Dietikon den Rapport der Kantonspolizei Zürich vom 24. Februar 2017 mit Beilagen an die erkennende Kammer weiter (Urk. 29 und Urk. 30/1-12). Die diesbezüglichen Stellungnahmen beider Parteien (Urk. 31-35 und 37-38) wurden jeweils der Gegenpartei zur Kenntnis gebracht (Urk. 36 und 39). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

II.

1. Im Entscheid vom 4. Januar 2017 ordnete die Vorinstanz einerseits vorsorgliche Massnahmen an (Urk. 2, Dispositiv-Ziff. 2, 3, 4, 6 und 7) und verpflichtete andererseits den Kläger in der Hauptsache ("für die Dauer des Getrenntlebens"), der Beklagten monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'250.– pro Kind zu bezahlen (Urk. 2, Dispositiv-Ziff. 5). Der Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen ist nach Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO mit Berufung anfechtbar. Der Entscheid bezüglich Kinderunterhalt ist (ungeachtet der anderslautenden Bezeichnung durch die Vorinstanz) als Teilurteil zu qualifizieren, welches ebenfalls mit Berufung anfechtbar ist (Blickenstorfer, Dike-Komm-ZPO, Art. 308 N 12 und FN 29; BSK ZPO-Spühler, Art. 308 N 4; BK ZPO-Sterchi, Art. 308 N 12 und 28).
2. Die Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Im Streit liegen vorliegend die Kinderunterhaltsbeiträge sowie die Obhutszuteilung. Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziff. 1 und 7 der vorinstanzlichen Verfügung. In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.
3. 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 Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (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 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). 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 (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5).

4. 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). 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*).

III.

A. Massnahmeentscheid

1. Die Vorinstanz ging offensichtlich davon aus, dass die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt waren. Eine entsprechende Begründung findet sich in ihrem Entscheid jedoch nicht (vgl. Urk. 2 S. 4 f.).

2.1. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt das Vorliegen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, eine Gefährdung oder Verletzung dieses Anspruchs, einen daraus drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil sowie Dringlichkeit voraus. Weiter ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten; die Massnahme soll nicht weiter gehen, als es zum Schutz des Anspruchs notwendig ist (Art. 261 Abs. 1 ZPO; ZK ZPO-Huber, Art. 261 N 17 ff.). Verhältnismässigkeit setzt im Einzelnen voraus, dass die angebehrte Massnahme geeignet und erforderlich ist und dass eine Abwägung der relevanten Interessen für ihre Anordnung spricht (BSK ZPO-Sprecher, Art. 262 N 47 ff.). Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass bereits das Eheschutzhauptverfahren summarischer Natur ist (Art. 271 lit. a ZPO), der schnellen Schaffung einer einstweiligen Regelung dient und nicht auf die endgültige Regelung der Verhältnisse abzielt (vgl. Art. 179 ZGB). Der Anwendungsbereich für vorsorgliche Massnahmen innerhalb

eines Eheschutzhauptverfahrens ist deshalb sehr gering (vgl. *OGer ZH LE160012 vom 15. November 2016, E. III/1.1*). Am ehesten kommen superprovisorische Sicherungsmassnahmen in Betracht. Alle anderen vorsorglichen Massnahmen, zu welchen die Gegenpartei anzuhören ist, erfüllen den ihnen zugedachten Zweck zumeist nicht, weil sich das Massnahmeverfahren in diesen Fällen nicht vom Eheschutzhauptverfahren unterscheidet und selten rascher als dieses durchgeführt werden kann, zumal auch im Streitfall nur beim Vorliegen von besonderen Umständen langwierige Abklärungen (Gutachten etc.) vorzunehmen sind (BGer 5A_57/2014 vom 16. Mai 2014, E. 4.6). In aller Regel kann das, was allenfalls als vorsorgliche Massnahme anzuordnen wäre, ebenso gut im Hauptverfahren (allenfalls im Rahmen eines Teilentscheids; vgl. dazu Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Bern 2014, N 1.18) entschieden werden (vgl. ZK-Bräm, Art. 180 ZGB N 18 f.). An das Erfordernis der Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme im Eheschutzverfahren sind deshalb hohe Anforderungen zu stellen.

2.2. Nach Durchführung der Verhandlung am 21. Dezember 2016 (Prot. I S. 5 ff.) sowie der Kinderanhörung am 22. Dezember 2016 (Urk. 6/28) war den Parteien noch Gelegenheit zur Stellungnahme zur Kinderanhörung einzuräumen (vgl. Urk. 6/32). Abgesehen davon war das vorinstanzliche Hauptverfahren im Zeitpunkt des Entscheids der Vorinstanz spruchreif. Jedenfalls lässt sich weder den Akten noch dem angefochtenen Entscheid entnehmen, dass und inwiefern Weiterungen als erforderlich erachtet werden. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen war deshalb nicht mehr notwendig und infolgedessen unzulässig.

2.3.1. In der Berufungsantwort bringt die Beklagte erstmals vor, die Mutter des Klägers (welche diesen bei der Betreuung der Kinder unterstützen soll, vgl. Urk. 1 S. 7 und Urk. 6/1 S. 5) sei mit den Kindern, insbesondere mit dem Sohn D._____, schlecht zurecht gekommen. Es sei vorgekommen, dass sie ihn geschlagen oder ihm gedroht habe, dass ihn sein Vater züchtigen werde. Offenbar habe sich D._____ in der Schule entsprechend geäußert, denn in einer E-Mail der Schulleiterin vom 25. Januar 2017 (Urk. 21/2) werde ausgeführt, dass es in den Dossiers der Kinder früher Andeutungen über häusliche Gewalt und strenge körperliche Strafen gegeben habe (Urk. 19 S. 8).

2.3.2. Diese neuen Vorbringen und Beweismittel der Beklagten betreffen offensichtlich Sachverhalte, welche sich vor dem Entscheid der Vorinstanz am 4. Januar 2017 ereignet haben. Es handelt sich somit um unechte Noven, welche nur zu berücksichtigen sind, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO; vgl. oben Ziff. II/4). Dies hätte die Beklagte im Detail darlegen und beweisen müssen (BGer 5A_819/2015 vom 24. November 2016, E. 4.1, zur amtlichen Publikation bestimmt; *OGer ZH LC150019 vom 27. November 2015, E. II/1b*, mit Verweis auf BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1). Die Beklagte äusserte sich jedoch mit keinem Wort zur Zulässigkeit ihrer neuen Vorbringen und Beweismittel, weshalb diese als verspätete Noven nicht zu berücksichtigen sind. In der Folge ist der Antrag der Beklagten betreffend Edition der Schuldossiers der beiden Kinder C._____ und D._____ abzuweisen.

2.4.1. Weiter bringt die Beklagte vor, das latente Gewaltpotential des Klägers habe sich auch gezeigt, als herausgekommen sei, dass er eine Waffe zu Hause habe, welche die Polizei mittlerweile eingezogen habe. Darüber hinaus habe der Kläger die Waffe den Kindern bei sich zu Hause gezeigt und sie jene auch halten lassen. Gestützt auf dieses Vorbringen beantragte die Beklagte den Beizug des Protokolls der Kinderanhörung im Zusammenhang mit dem Einzug der Waffe (Urk. 10B S. 3 und Urk. 19 S. 8). Da der entsprechende Rapport der Kantonspolizei Zürich vom 24. Februar 2017 mit Beilagen (Urk. 29 und Urk. 30/1-12) bereits an die erkennende Kammer weitergeleitet wurde, ist der entsprechende Editionsantrag der Beklagten gegenstandslos geworden.

2.4.2. Der geschilderte Sachverhalt ereignete sich nach Angaben der Parteien ungefähr am 4. Januar 2017 (Urk. 30/4 S. 2 und Urk. 30/5 S. 2). Dies konnte die Beklagte nicht mehr vor Vorinstanz vorbringen, da deren Entscheid am 4. Januar 2017 erging. Bei den diesbezüglichen Vorbringen und Beweismitteln handelt es sich somit um echte Noven, welche vorliegend zu berücksichtigen sind.

2.4.3. Wie der Kläger selbst eingesteht, zeigte er die Waffe den beiden Kindern in einem denkbar unpassenden Zeitpunkt (Urk. 33 S. 4 und Urk. 30/4 S. 2 f.). Unabhängig von den konkreten Umständen scheint es aber ganz grundsätzlich zwei-

felhaft, ob dieses Verhalten kindgerecht war, selbst wenn es in der Absicht erfolgte, den Kindern zu zeigen, dass es sich bei echten Schusswaffen nicht um Spielzeug handelt (vgl. Urk. 33 S. 4 und Urk. 30/4 S. 2). Eine Kindswohlfährdung ist indes nicht auszumachen, zumal die Waffe ungeladen war (vgl. Urk. 30/4 S. 2 und Urk. 30/6 S. 2) und vom Kläger an einem für die Kinder nicht erreichbaren Ort aufbewahrt wurde (vgl. Urk. 30/6 S. 1). Entgegen der Ansicht der Beklagten kann nicht einzig aufgrund des (bewilligten) Besitzes einer Schusswaffe auf ein latentes Gewaltpotential geschlossen werden.

2.5. Auch unter Berücksichtigung der im Rahmen des Berufungsverfahrens vorgebrachten echten Noven besteht kein Anlass für weitere Abklärungen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass das vorinstanzliche Hauptverfahren immer noch spruchreif ist. Die von der Vorinstanz angeordneten vorsorglichen Massnahmen erweisen sich daher als unnötig, weshalb der Massnahmeentscheid der Vorinstanz aufzuheben und das Massnahmebegehren des Klägers abzuweisen ist.

2.6. Mit Verfügung vom 24. Januar 2017 (Urk. 17; bestätigt mit Beschluss vom 10. Februar 2017 [Urk. 22]) wurde für die Dauer des Berufungsverfahrens eine vorläufige Obhuts- und Besuchsrechtsregelung getroffen. Es scheint zur Wahrung einer gewissen Kontinuität und zur Vermeidung einer Präjudizierung des Entscheids im Hauptverfahren angezeigt, diese Regelung einstweilen bis zum neuen Entscheid der Vorinstanz aufrecht zu erhalten.

B. Teilentscheid bezüglich Kinderunterhalt

1. Die Vorinstanz verpflichtete den Kläger bereits in der Hauptsache zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen von je Fr. 1'250.– pro Kind und Monat, obwohl sie im gleichen Entscheid die Obhut über die beiden Kinder erst vorläufig der Beklagten zuteilte (Urk. 2 S. 13 f.).

2. Wird wie vorliegend nur ein Teil der gestellten Rechtsbegehren erledigt (Gutheissung oder Abweisung eines oder mehrerer, jedoch nicht aller Rechtsbegehren), handelt es sich um einen Teilentscheid. Ein solcher setzt stets voraus, dass die verschiedenen Rechtsbegehren überhaupt unabhängig voneinander be-

urteilt werden können (Reetz/Theiler, Dike-Komm-ZPO, Art. 308 N 14). Nach Art. 285 ZGB soll der Kinderunterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen und dient auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte. Diese Kriterien beeinflussen sich gegenseitig. Die Bedürfnisse des Kindes müssen somit in Verbindung mit den anderen Kriterien ermittelt werden und der Unterhaltsbeitrag muss immer in einem angemessenen Verhältnis zum Lebensstandard und zur Leistungsfähigkeit der unterhaltspflichtigen Person stehen (BGE 116 II 110 E. 3a). Zudem ist bei der Aufteilung der errechneten Unterhaltskosten auf die Eltern auch zu berücksichtigen, wer die Unterhaltsleistung der Pflege und Erziehung in natura erbringt (Botschaft Kindesunterhalt, BBI 2013, 529 ff., 577), was voraussetzt, dass klar ist, von wem das Kind betreut wird. Die Vorinstanz verletzte daher bei der Festsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge die Vorgaben von Art. 285 ZGB, weshalb die Dispositiv-Ziff. 5 des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben ist. Da die Vorinstanz in der Hauptsache erst über die Kinderunterhaltsbeiträge befand und somit ein wesentlicher Teil des Eheschutzbegehrens noch gar nicht beurteilt wurde, ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO).

Der Vollständigkeit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass im Eheschutzverfahren vorsorgliche Geldzahlungen nicht angeordnet werden können (Art. 271 ff. ZPO i.V.m. Art. 262 lit. e ZPO; *OGer ZH LE110069 vom 8. Februar 2012, E. 2.4.2*; *OGer ZH LE130035 vom 24. Mai 2013, E. 4*; *OGer ZH LE160049, E. 2.3.1*).

IV.

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 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 auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Gemäss ständiger Praxis des Obergerichts sind die Kosten des Verfahrens in Bezug auf die Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – den Parteien hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Kinderinteressen gute Gründe zur Antragsstellung hat-

ten (*OGer ZH LE140047 vom 21. Januar 2015, E. IV/2; OGer ZH LE110067 vom 13. April 2012, E. II/8; ZR 84 Nr. 41*). Dies war vorliegend der Fall. Es rechtfertigt sich daher für das Berufungsverfahren eine hälftige Kostenaufteilung und ein Wettschlagen der Parteientschädigungen.

2.1. Die Beklagte beantragt, der Kläger sei für das Berufungsverfahren zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten. Zur Begründung bringt sie vor, wie sie bereits im vorinstanzlichen Verfahren dargelegt habe, sei sie finanziell nicht in der Lage, für die Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen. Aus der Steuererklärung 2015 sei ersichtlich, dass der Kläger über genügend Vermögen verfüge, um einen Prozesskostenvorschuss leisten zu können (Urk. 19 S. 17 f.).

2.2. Der Kläger beantragt, das Gesuch der Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Gemäss ständiger Rechtsprechung der Kammer könnten im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geldzahlungen angeordnet werden (*OGer ZH LE110069 vom 8. Februar 2012, E. 2.4.2*). Da die Beklagte, obwohl anwaltlich vertreten, dennoch ausdrücklich die Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren beantrage, was einen Massnahantrag darstelle, sei darauf nicht einzutreten. Selbst wenn es als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags aufzufassen wäre, sei dieser vorliegend abzuweisen, da die Beklagte ihre Mittellosigkeit nicht dargetan habe, sondern bloss pauschal auf den Entscheid der Vorinstanz verwiesen habe (Urk. 25 S. 13 f.).

2.3. Es trifft zu, dass nach ständiger Praxis der erkennenden Kammer im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geldzahlungen angeordnet werden können (Art. 271 ff. ZPO i.V.m. Art. 262 lit. e ZPO; *OGer ZH LE110069 vom 8. Februar 2012, E. 2.4.2; OGer ZH LE130035 vom 24. Mai 2013, E. 5; OGer ZH LE160049, E. 2.3.1*). Im Zweifelsfall ist daher ein Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags im Endentscheid aufzufassen (*OGer ZH LE130048 vom 21. Oktober 2013, E. 4a; OGer ZH RE130016 vom 17. September 2013, E. II/3d*). Vorliegend fehlt eine Bezifferung des Antrags um Verpflichtung des Klägers zur

Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrags und ergibt sich eine solche auch nicht aus der Begründung (vgl. Urk. 19 S. 17 f.), so dass auf den Antrag der Beklagten nicht einzutreten ist.

3. Eventualiter beantragt die Beklagte, es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 19 S. 17 f.). Das setzt voraus, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die Mittellosigkeit ist glaubhaft zu machen (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 38). Der Kläger bringt diesbezüglich vor, er sei bereits im erstinstanzlichen Verfahren zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 6'000.– für die beklagischen Anwaltskosten verpflichtet worden. Die Beklagte hätte daher darzutun gehabt, dass dieser Vorschuss mittlerweile aufgebraucht worden sei, da sie andernfalls nicht mittellos sei (Urk. 25 S. 14). Dem Kläger ist beizupflichten. Ist der von ihm geleistete Prozesskostenvorschuss noch nicht aufgebraucht, ist die Beklagte auch nicht mittellos. Spätestens nach den Vorbringen des Klägers wäre die Beklagte gehalten gewesen, sich über die Verwendung des Prozesskostenvorschusses zu äussern. Ihre blossе Behauptung, sie sei finanziell nicht in der Lage, für die Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen (Urk. 19 S. 17), genügt jedenfalls nicht, um glaubhaft darzutun, dass der ihr zugesprochene Prozesskostenvorschuss bereits aufgebraucht ist. Daher ist ihr Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 6 und 7 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Andelfingen vom 4. Januar 2017 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Die Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Andelfingen vom 4. Januar 2017 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Der Antrag der Beklagten betreffend Edition der Schuldossiers der beiden Kinder C._____ und D._____ wird abgewiesen.

4. Der Antrag der Beklagten betreffend Edition der polizeilichen Einvernahmeprotokolle der beiden Kinder C._____ und D._____ wird abgeschrieben.
5. Auf das Gesuch der Beklagten um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren wird nicht eingetreten.
6. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
7. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.
8. 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 eine Zwischenentscheidung über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 93 und Art. 98 BGG. Es handelt sich in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Es wird erkannt:

1. Das Massnahmebegehren des Klägers vom 7. bzw. 13. Dezember 2016 wird abgewiesen.
2. Die in Dispositiv-Ziff. 1 Satz 2 und Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung vom 24. Januar 2017 angeordnete und mit Beschluss vom 10. Februar 2017 bestätigte einstweilige Regelung betreffend Obhut und Schulbesuch wird bis zu einem neuen Entscheid der Vorinstanz aufrecht erhalten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss

verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 1'500.– des von ihm geleisteten Vorschusses zu ersetzen.

5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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 im Sinne von Art. 90 BGG (bezüglich Dispositiv-Ziff. 1) und ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (bezüglich Dispositiv-Ziff. 2) sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 23. Mai 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
mc