

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY140044-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Beschluss und Urteil vom 6. Februar 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 26. September 2014; Proz. FE130252

(modifiziertes) Rechtsbegehren der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin:

(act. 5/53 S. 1 f.)

- "1. Die beiden gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2001, und D._____, geb. tt.mm.2004, seien unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen;
2. Dem Gesuchsgegner sei ein gerichtsbliches Besuchsrecht einzuräumen. Er sei berechtigt zu erklären, die Kinder wie folgt (auf eigene Kosten) zu betreuen:
 - a. Jedes zweite Wochenende (gerade Wochen) von Freitagabend 19 Uhr bis Sonntagabend 19 Uhr;
 - b. Jedes Jahr alternierend an Weihnachten (24.12., 9 Uhr bis 26.12., 20 Uhr)
 - c. In den Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage (Ostersamstag bis und mit Ostermontag)
 - d. In den Jahren mit ungerader Jahreszahl über die Pfingstfeiertage (Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag)
3. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen angemessenen persönlichen Unterhalt, von mindestens CHF 1'075, rückwirkend seit Trennung am 15. Mai 2013 bis zur Zuteilung der Obhut über die Kinder, danach bis Rechtskraft des Scheidungsurteils mindestens CHF 372, zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus;
4. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, für den Unterhalt der Kinder einen angemessenen Kindesunterhalt, von mindestens je CHF 500, zu bezahlen, ab Zuteilung der Obhut über die Kinder an die Gesuchstellerin bis Rechtskraft des Scheidungsurteils, zahlbar monatlich im Voraus.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Gesuchsgegners, zuzüglich 8% MWST."

Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts

Uster vom 26. September 2014:

(act. 3 = act. 4 = act. 5/71)

1. Die aus der Ehe der Gesuchsteller hervorgegangenen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2001, und D._____, geboren am tt.mm.2004, werden für die Dauer des Verfahrens unter der gemeinsamen Obhut der Gesuchstellerin belassen.

Basierend auf der nachfolgenden Betreuungsregelung befindet sich der Wohnsitz der Kinder beim Gesuchsteller.

2. Die Betreuung der Kinder wird wie folgt geregelt:

Die Gesuchstellerin betreut die Kinder

- jedes Wochenende von Freitag, 19.30 Uhr, bis Montagmorgen, Schulbeginn,
- in geraden Kalenderwochen jeweils am Mittwoch von Schulschluss (ca. 12.00 Uhr) bis 19.30 Uhr,
- in ungeraden Kalenderwochen jeweils am Dienstag von Schulschluss (ca. 15.30 Uhr) bis 19.30 Uhr,
- am 26. Dezember und am 2. Januar sowie
- in geraden Kalenderjahren an Ostern von Gründonnerstag, 15.30 Uhr, bis Ostermontag, 19.30 Uhr,
- in ungeraden Kalenderjahren an Pfingsten von Freitag, 19.30 Uhr, bis Pfingstmontag, 19.30 Uhr,

Ausserdem verbringen die Kinder während der Schulferien fünf Wochen pro Jahr zusammen mit der Gesuchstellerin. Die Gesuchsteller sprechen sich über die Aufteilung der Ferien mindestens drei Monate im Voraus ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Gesuchsteller in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Gesuchstellerin.

In der übrigen Zeit werden die Kinder vom Gesuchsteller betreut.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen auf einvernehmlicher Basis und unter Rücksichtnahme auf die Interessen und Bedürfnisse aller Familienmitglieder bleiben vorbehalten.

3. Die Gesuchsteller werden für die Dauer des Verfahrens verpflichtet, diejenigen Kosten für die Kinder, die während der Zeit anfallen, die sie bei ihnen verbringen (insb. Verpflegung, Anteil Miete), jeweils selber zu übernehmen.

Der Gesuchsteller wird für die Dauer des Verfahrens verpflichtet, die regelmässig anfallenden Kinderkosten (wie Alltagsbekleidung, Krankenkasse, Gesundheitskosten, Sport- und Musikkosten, Freizeitkurse, Sportbekleidung und -ausrüstung, ausserschulische Betreuung, Schulkosten, Kosten für den öffentlichen Verkehr, Handy, Taschengeld, etc.) zu bezahlen.

Der Gesuchsteller wird für die Dauer des Verfahrens zudem verpflichtet, der Gesuchstellerin monatliche Beiträge an die Kinderkosten in der Höhe von

Fr. 300.– zu bezahlen, nämlich Fr. 150.– für jedes Kind. Die Beiträge an die Kinderkosten sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab dem 22. April 2014.

4. Es werden für die Dauer des Verfahrens keine persönlichen Ehegattenunterhaltsbeiträge zugesprochen.
5. Diesem Entscheid liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Gesuchsteller zugrunde:
 - Erwerbseinkommen Gesuchsteller: Fr. 5'187.–
(monatlich netto, inkl. 13. Monatslohn und Bonus, exkl. Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen)
 - Erwerbseinkommen Gesuchstellerin: Fr. 3'200.–
(monatlich netto, inkl. 13. Monatslohn, exkl. Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen)
 - Vermögen Gesuchsteller Fr. 0.–
 - Vermögen Gesuchstellerin Fr. 0.–
 - Bedarf Gesuchsteller mit den Kindern: Fr. 4'911.–
 - Bedarf Gesuchstellerin mit den Kindern: Fr. 4'095.–
6. Auf den Antrag des Gesuchstellers vom 9. September 2014 betreffend Aufteilung der Steuerschulden 2012 wird nicht eingetreten.

7.-9. Kosten / Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin:

(act. 2 S. 1 f.)

- "1. Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 26. September 2014 sei aufzuheben und es seien die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2001, und D._____, geboren am tt.mm.2004, unter die Obhut der Berufungsklägerin zu stellen.
2. Dispositivziffer 2 der Verfügung vom 26. September 2014 sei aufzuheben und es sei dem Berufungsbeklagten ein gerichtsbekanntes Besuchsrecht einzuräumen. Er sei berechtigt zu erklären, die Kinder wie folgt (auf eigene Kosten) zu betreuen:
 - a. Jedes zweite Wochenende (gerade Wochen) von Freitagabend 19 Uhr bis Sonntagabend 19 Uhr;
 - b. Jedes Jahr alternierend an Weihnachten (24.12., 9 Uhr bis 26.12., 20 Uhr)

- c. In den Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage (Oster-samstag bis und mit Ostermontag)
- d. In den Jahren mit ungerader Jahreszahl über die Pfingstfeiertage (Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag)
3. Dispositivziffer 3 des angefochtenen Entscheids sei aufzuheben und der Be-
rufungsbeklagte sei zu verpflichten, für den Unterhalt der Kinder einen an-
gemessenen Kindesunterhalt, von je Fr. 500, zu bezahlen, rückwirkend ab
dem 22. April 2014 bis Rechtskraft des Scheidungsurteils, zahlbar monatlich
im Voraus.
4. Dispositivziffer 4 des angefochtenen Entscheids sei aufzuheben und der Be-
rufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen angemess-
enen persönlichen Unterhalt, von mindestens CHF 440, rückwirkend ab
22. April 2014 bis zur Zuteilung der Obhut über die Kinder, danach bis
Rechtskraft des Scheidungsurteils mindestens CHF 1'096, zu bezahlen,
zahlbar monatlich im Voraus;
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbe-
klagten (zzgl. MwSt.)."

Prozessualer Antrag:

" Der Berufungsbeklagte sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von
CHF 3'000 für dieses Rechtsmittelverfahren zu verpflichten; eventualiter sei der
Berufungsklägerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihr
in der Person des Unterzeichneten einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu be-
stellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit dem 14. Mai 1999 verheiratet und haben zwei ge-
meinsame Söhne. C. _____ ist knapp 14 Jahre alt und D. _____ 10 ½ Jahre (act.
5/4). Seit dem 15. Mai 2013 leben die Parteien getrennt. Sie einigten sich nach ih-
rer Trennung faktisch auf eine geteilte Obhut.
2. Mit Eingabe vom 5. September 2013 machten die Parteien beim Bezirksge-
richt Uster ein gemeinsames Scheidungsbegehren gemäss Art. 112 ZGB anhängig (act. 5/1, act. 5/3). Über die Nebenfolgen konnte anlässlich der Anhörung und
Instruktionsverhandlung vom 20. Februar 2014 keine Einigung erzielt werden
(Prot. VI S. 7 ff., act. 5/27). Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfol-

gend Berufungsklägerin) stellte mit Eingabe vom 22. April 2014 bei der Vorinstanz ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen (act. 5/29), welches sie mit Schreiben vom 28. August 2014 modifizierte (act. 5/53). Am 9. September 2014 fand die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen und Vergleichsgespräche statt, zu welcher der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagter) unentschuldigt nicht erschien (Prot. VI S. 36). Die Vorinstanz eröffnete den Parteien den vorsorglichen Massnahmeentscheid nach durchgeführter Beratung sogleich mündlich im Dispositiv (Prot. VI S. 41, act. 5/67). Auf entsprechendes Begehren der Berufungsklägerin begründete sie den Entscheid und stellte diesen den Parteien als Verfügung mit Datum vom 26. September 2014 zu (act. 5/71 = act. 3 = act. 4).

3. Gegen die begründete Verfügung vom 26. September 2014 richtet sich die von der Berufungsklägerin rechtzeitig hierorts anhängig gemachte Berufung (act. 2, act. 5/73). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 5/1-75, act. 7/76-87, act. 9/88-105, act. 10/106). Daraus ergibt sich, dass die Berufungsklägerin seit anfangs Januar 2015 neu von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ vertreten wird (act. 9/103-104) und ihren Wohnsitz nach E. _____ verlegt hat (act. 9/103 S. 5). Das Rubrum ist entsprechend anzupassen. Auf die Einholung einer Berufungsantwort wurde in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO verzichtet. Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

1.1 Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit Berufung können sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

1.2 Die Berufungsklägerin macht vorab geltend, die Vorinstanz habe Art. 234 ZPO verletzt, indem sie die Hauptverhandlung vom 9. September 2014 trotz Abwesenheit des Berufungsbeklagten durchgeführt habe. Dieser sei in der Vorladung aufgefordert worden, persönlich zu erscheinen und auf die Säumnisfolgen

hingewiesen worden. Da eine Pflicht zum persönlichen Erscheinen bestanden habe, habe die Anwesenheit des Rechtsvertreters des Berufungsbeklagten allein nicht genügt, um die Säumnisfolgen abzuwenden. Die Vorinstanz habe das Recht unrichtig angewendet, indem sie das gegnerische Plädoyer zur Kenntnis und zu den Akten genommen habe und dieses Eingang ins Urteil gefunden habe (act. 2 S. 11).

1.3 Art. 234 Abs. 1 ZPO regelt die Folgen bei Säumnis einer Partei an der Hauptverhandlung. Demnach wird das Verfahren weitergeführt und das Gericht berücksichtigt die nach Massgabe des Gesetzes eingereichten Eingaben und Beilagen beider Parteien, die Akten sowie die mündlichen Äusserungen der anwesenden Partei.

Zwar ist der Berufungsklägerin darin zuzustimmen, dass bei einer Pflicht zur persönlichen Anwesenheit die alleinige Anwesenheit des Rechtsvertreters an der Verhandlung grundsätzlich nicht genügt (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/GUT, 2. Aufl., Art. 278 N 6). Ob die Bestimmung von Art. 278 ZPO, die das persönliche Erscheinen der Parteien im Scheidungsverfahren statuiert, auch für das vorsorgliche Massnahmeverfahren gilt, ist indessen fraglich. Jedenfalls war in der vorinstanzlichen Verhandlung vom 9. September 2014 keine persönliche Anhörung der Parteien vorgesehen und der Berufungsbeklagte konnte seinen Standpunkt ohne weiteres durch seinen Rechtsvertreter in das Verfahren einbringen. Entsprechend wies denn auch die Vorladung lediglich auf die Säumnisfolgen von Art. 234 ZPO hin, wonach die dem Gericht eingereichten Eingaben aber gerade berücksichtigt werden dürfen (vgl. act. 5/59). Ohnehin ist daran zu erinnern, dass die Folgen eines unentschuldigten Fernbleibens in erster Linie den Berufungsbeklagten selbst (und nicht die Berufungsklägerin) getroffen hätten, weshalb Letztere durch die Abwesenheit des Berufungsbeklagten von vornherein nicht benachteiligt erscheint. Schliesslich war im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens über Kinderbelange (Obhut, Unterhalt) zu entscheiden. Diesbezüglich gilt der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz, d.h. das Gericht hat den Beweis von Amtes wegen zu erheben (Art. 296 Abs. 1 ZPO, Art. 153 Abs. 1 ZPO). Weil sämtliche notwendigen Sachverhaltsabklärungen durch das Gericht vorgenommen

werden müssen, kommt den Säumnisfolgen in diesem Rahmen sowieso sehr geringe Bedeutung zu.

1.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz keine Rechtsverletzung beging, indem sie die Hauptverhandlung ohne Anwesenheit des Berufungsbeklagten durchführte (vgl. Prot. VI S. 36).

2.1 Weiter bringt die Berufungsklägerin vor, dass die von der Vorinstanz angeordnete alternierende Obhut über die beiden Kinder rechtswidrig sei (act. 2 S. 3).

Es fehle an einem entsprechenden gemeinsamen Antrag der Parteien (act. 2 S. 3). Sodann mangle es gänzlich an einer Kommunikationsfähigkeit zwischen den Parteien, welche für die Ausübung einer geteilten Obhut aber erforderlich wäre (act. 2 S. 4 f.). Der Berufungsbeklagte lasse die Berufungsklägerin die Kinder nicht sehen oder lasse sie beliebig lange auf die beiden Jungen warten. Er bedrohe die Berufungsklägerin immer wieder, weshalb von der Kantonspolizei Zürich im August 2014 auch ein Kontakt- und Rayonverbot verhängt worden sei. Aus dem eingereichten SMS-Verkehr seien die Drohungen klar ersichtlich; die Vorinstanz habe diese aber nicht richtig gewürdigt, sondern heruntergespielt (act. 2 S. 4 f. und 9). Angesichts der fehlenden Kooperationsbereitschaft der Parteien sei die gemeinsame Obhut schlicht nicht durchführbar und liege daher auch nicht im Kindeswohl (act. 2 S. 6).

Dem Berufungsbeklagten müsse ferner die Erziehungsfähigkeit abgesprochen werden. Er übe massiven Druck auf die Kinder aus, was sich ebenfalls aus den eingereichten SMS-Korrespondenzen ergebe (act. 2 S. 7 f.). Sodann neige er offensichtlich zu Gewalt (gegenüber der Berufungsklägerin) und vernachlässige die schulischen Belange der Jungen (act. 2 S. 8 f.). Aufgrund der mangelnden Erziehungsfähigkeit des Berufungsbeklagten sei die alleinige Obhut der Berufungsklägerin zuzuteilen und ihm lediglich ein gerichtsbliches Besuchsrecht im beantragten Sinne einzuräumen (act. 2 S. 10 f.).

2.2 Die Vorinstanz erinnerte vorab an die Neuerungen, die im Zuge der Revision des elterlichen Sorgerechts Eingang ins Gesetz gefunden haben. Insbesondere

könne die alternierende Obhut als nach sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen für das Kind optimales Betreuungsmodell auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden, falls es das Kindeswohl gebiete (act. 3 S. 5).

Die Vorinstanz erwog, dass bereits während des Zusammenlebens die gemeinsame Betreuung durch beide Elternteile dem tatsächlich gelebten Modell entsprochen habe. Die Berufungsklägerin habe unter der Woche Teilzeit gearbeitet und der Berufungsbeklagte habe an den Wochenenden Schichtdienst geleistet. Nach der Trennung seien die Kinder beim Berufungsbeklagten in der ehemaligen Familienwohnung in F. _____ geblieben, wobei sie an den Wochenenden und anfänglich jeweils am Mittwochnachmittag von der Berufungsklägerin an deren neuem Wohnort in G. _____ betreut worden seien (act. 3 S. 5). Die Kommunikation zwischen den Parteien sei jedoch von Beginn weg gestört und von Konflikten um die Betreuungsanteile getragen gewesen. Insbesondere der Mittwochnachmittag sei von beiden Seiten beansprucht worden, weil es der einzige schulfreie Halbtag sei, an dem auch der Berufungsbeklagte etwas mit den Jungen unternehmen könnte. Die Berufungsklägerin selber hege aber ebenfalls den Wunsch nach mehr Zeit mit den Kindern (act. 3 S. 5 f.).

Die Vorinstanz prüfte anschliessend die vorgetragenen Einwände gegen die Erziehungsfähigkeit des Berufungsbeklagten (act. 3 S. 6 ff.). Sie kam zum Schluss, dass diese teilweise nicht glaubhaft und ohnehin nicht derart gravierend seien, dass an der Erziehungsfähigkeit des Berufungsbeklagten gezweifelt werden müsse (act. 3 S. 9). Insbesondere handle es sich beim Vorwurf betreffend häusliche Gewalt um mutmasslich einen (einzigen) Vorfall am 16. April 2013, als der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin eine Ohrfeige verpasst habe. Den Kindern gegenüber sei er unbestrittenermassen nie handgreiflich geworden (act. 3 S. 8). Auch der eingereichte (albanisch verfasste und mit handschriftlichen Übersetzungen versehene) SMS-Verkehr zwischen den Parteien zeige zwar verbale Entgleisungen auf, was jedoch nicht gegen die Erziehungsfähigkeit des Berufungsbeklagten spreche (act. 3 S. 9).

Schliesslich befand die Vorinstanz, dass die Parteien zwar in einem tiefgreifenden Konflikt stünden, beide jedoch eine enge Bindung zu ihren Kindern hätten,

weshalb das bereits praktizierte Modell der alternierenden Obhut für die Dauer des Scheidungsverfahrens beizubehalten sei. Unter der Woche sollten die Jungen an ihrem Schulort in F._____ vom Berufungsbeklagten betreut werden, an den Wochenenden von der Berufungsklägerin an deren neuem Wohnort in G._____. Die Betreuung des Mittwochnachmittags sei im Sinne einer Kompromisslösung alternierend vorzunehmen (act. 3 S. 10).

2.3 Ist ein Scheidungsverfahren rechtshängig, trifft das Gericht nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen, wenn die Ehegatten minderjährige Kinder haben (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 176 Abs. 3 ZGB). Diese dienen dazu, während der Dauer des Scheidungsverfahrens eine vorläufige Friedensordnung herzustellen. Die Massnahmen müssen verhältnismässig sein und entsprechend ihrem Zweck ohne Anspruch auf abschliessende Beurteilung erlassen werden (FamKomm-LEUENBERGER, Anh. ZPO, Art. 276 N 1, 12 und 17).

2.4 Unstrittig ist, dass den Parteien die gemeinsame elterliche Sorge über die beiden Jungen zu belassen ist. Strittig ist indessen die Regelung der Obhut, welche nach dem neuen Recht die Befugnis umfasst, mit dem minderjährigen Kind in häuslicher Gemeinschaft zu leben und für seine tägliche Betreuung und Erziehung zu sorgen (BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, 5. Aufl., Art. 296 N 6). Können sich die Eltern nicht auf ein Betreuungsmodell einigen, sind verschiedene Kriterien hinzuzuziehen, wobei das Kindeswohl stets das Leitprinzip darstellt und die Interessen der Eltern in den Hintergrund zu treten haben. Es ist diejenige Lösung zu wählen, die unter Berücksichtigung der gesamten Umstände dem Kind die notwendige Stabilität der Beziehungen gewährleistet und für seine optimale Entwicklung und Entfaltung sorgt. Die bestehenden Bindungen zu den beiden Elternteilen sind genauso ausschlaggebend wie deren Erziehungsfähigkeit und Bereitschaft, sich persönlich um die Kinder zu kümmern und sich mit ihnen zu beschäftigen (BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, 5. Aufl., Art. 298 N 5).

2.5 Die Berufungsklägerin sieht in der mangelnden Kooperationsfähigkeit der Parteien und im fehlenden gemeinsamen Antrag auf alternierende Obhut ein Hindernis, den Parteien die Obhut über die Kinder gemeinsam zuzuweisen (act. 2

S. 3). Sie zitiert in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung zum früheren Recht (act. 2 S. 5), die zwar mutatis mutandis herangezogen werden kann, wobei jedoch dem entscheidenden Unterschied Rechnung zu tragen ist, dass nach neuem Recht eine alternierende Obhut eben gerade auch ohne diesbezüglichen Konsens der Eltern angeordnet werden kann (BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, 5. Aufl., Art. 298 N 7).

Der Berufungsklägerin ist zwar zuzustimmen, dass die Betreuung durch beide Elternteile hohe Anforderungen an deren Kommunikationsbereitschaft stellt und das Risiko birgt, dass die Kinder dem Konflikt der Eltern kontinuierlicher ausgesetzt sind. Dies dürfte vorliegend auch tatsächlich immer wieder der Fall sein, wie die dauernden vorwurfsvollen und beleidigenden SMS-Kontakte zwischen den Parteien zeigen. Andererseits haben die Kinder unbestrittenermassen ein enges Verhältnis zu ihren beiden Elternteilen. Gerade in Fällen, in denen die Eltern bereits während des Zusammenlebens beide massgeblich an Pflege und Erziehung beteiligt waren und nach der Trennung die Betreuung alternierend organisiert haben, ist ein Wechselmodell auf Anordnung des Gerichts (auch ohne grundsätzliche Bereitschaft der Eltern) denkbar (vgl. BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, 5. Aufl., Art. 298 N 7).

Die beantragte Zuteilung der Obhut an die Berufungsklägerin würde bedeuten, die Jungen aus ihrem gewohnten Umfeld herauszureissen und ihnen nebst der ohnehin belastenden familiären Situation eine Eingliederung in den Schulbetrieb eines anderen Kantons (die Berufungsklägerin wohnt offenbar bereits seit September 2014 in E._____/TG, act. 9/103) mit neuen (Schul-)Kameraden und einer neuen Lehrperson zuzumuten. Wenn die Berufungsklägerin bereits bei ihrem alten Wohnort in G._____ einsah, dass die Kinder nicht immer bei ihr übernachten könnten, weil sie sie nicht jeden Morgen zur Schule fahren könne (Prot. VI S. 16), gilt dies auch für das weiter entfernte E._____. Folglich würde die alleinige Obhutszuweisung an die die Berufungsklägerin zwingend einen Schulwechsel bedeuten. Die Vorinstanz weist zu Recht darauf hin, dass im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens keine Veranlassung besteht, eine derartige

Veränderung der Lebensumstände der Kinder ohne Not vorzunehmen (act. 3 S. 10).

Soweit die Berufungsklägerin geltend macht, dass die Zuteilung der Obhut an beide Elternteile angesichts der fehlenden Kommunikationsbereitschaft der Parteien (insbesondere des Berufungsbeklagten) nicht praktikabel sei (act. 2 S. 6), ist ihr entgegenzuhalten, dass gerade die von ihr erwähnten alltäglichen Angelegenheiten ohnehin in die alleinige Entscheidungskompetenz desjenigen Elternteils fallen, der das Kind gerade betreut, d.h. die faktische Obhut innehat (Art. 301 Abs. 1bis ZPO). Ausserdem ist die Berufungsklägerin auf ihrem ausdrücklichen Bekenntnis zu behaften, dass sie bereit sei, mit dem Berufungsbeklagten zusammenzuarbeiten und die Beziehung zwischen ihm und den Jungen zuzulassen (act. 2 S. 10). Unter dieser Voraussetzung kann das Risiko für ein Scheitern des Wechselmodells entscheidend minimiert werden. Insofern hat die Vorinstanz zu Recht an die Vernunft und Kommunikationsbereitschaft der Parteien appelliert (act. 3 S. 9).

Die von der Vorinstanz vorgesehene Regelung betreffend den Mittwoch- bzw. Dienstagnachmittag erlaubt der Berufungsklägerin sodann, die Kinder auch mindestens einmal unter der Woche zu sehen. Der Übergabezeitpunkt ist fix auf 19:30 Uhr festgelegt, was dem Vorwurf, der Berufungsbeklagte lasse sie beliebig lange Zeit auf die Kinder warten (act. 2 S. 4 und 9), entgegenwirkt. Ausserdem ist mit der Regelung gewährleistet, dass die Parteien nicht mehr darüber streiten (müssen), ob und wann die Berufungsklägerin die Jungen während der Woche – wenn auch der Berufungsbeklagte nicht arbeitet und seine Zeit mit ihnen verbringen möchte – sehen kann. Dies war in der Vergangenheit einer der Hauptdiskussions- und -streitpunkte, wie die eingereichten SMS-Kontakte zeigen (act. 5/44/11-12).

2.6 Gesagt ist damit freilich noch nichts über die Erziehungsfähigkeit des Berufungsbeklagten. Die von der Berufungsklägerin ins Feld geführten Einwände betreffen in erster Linie eine behauptete Druckausübung durch den Berufungsbeklagten auf die Kinder sowie deren Leiden unter dieser Situation (act. 2 S. 7). Die SMS-Konversation zwischen dem Berufungsbeklagten und C._____, auf die sich

die Berufungsklägerin im Wesentlichen stützt, macht zwar deutlich, dass der Berufungsbeklagte seinen Sohn in den Konflikt mit der Berufungsklägerin einbezieht, zeigt aber ebenso auf, dass er sich der belastenden Situation für seine Kinder und auch der Bedeutung ihrer schulischen Leistungen (die sich offensichtlich verschlechtert haben) bewusst ist (act. 5/30/1f S. 7). Gleichzeitig wird daraus ersichtlich, dass C._____ seine beiden Eltern gleichermaßen liebt und dem durchaus auch gegenüber dem Berufungsbeklagten Ausdruck zu verleihen mag (act. 5/30/1f S. 3 ff.). Damit ist zwar sein Leiden unter dem elterlichen Konflikt offensichtlich, was allerdings nicht einzig am Verhalten des Berufungsbeklagten, sondern vielmehr an den beidseitigen Streitereien liegt. Andererseits ist aber auch erkennbar, dass sich C._____ bis zu einem gewissen Grad wehren kann und sich überdies klar auf die Schule konzentrieren möchte, was der Berufungsbeklagte unterstützt. Damit ist der Einwand, dieser vernachlässige die schulischen Belange der Kinder (act. 3 S. 8 f.), zu relativieren.

Hinsichtlich des Vorwurfs betreffend wiederholte häusliche Gewalt (act. 2 S. 8) ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass sich diese unbestrittenermassen nie gegen die Jungen richtete und die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten auch ausdrücklich als engagierten und liebevollen Vater anerkennt (act. 3 S. 8, Prot. VI S. 17). Es bleibt diesbezüglich sodann der Ausgang des hängigen Strafverfahrens betreffend einfache Körperverletzung etc. bei der Staatsanwaltschaft See/Unterland abzuwarten (vgl. act. 11).

2.7 Gesamthaft betrachtet scheint die von der Vorinstanz getroffene Obhutsregelung dem Wohl der Kinder am angemessensten Rechnung zu tragen. Durch die Bestellung eines Prozessbeistandes (vgl. act. 9/97) ist sodann sichergestellt, dass ihre Interessen in das weitere Hauptsacheverfahren einfließen. Vor diesem Hintergrund ist die Berufung abzuweisen.

3. Hinfällig wird damit der Antrag der Berufungsklägerin auf Anpassung der Unterhaltsbeiträge, der von einer Umteilung der Obhut an sie abhängig gewesen wäre (act. 2 S. 11).

III.

1. Die Berufungsklägerin stellt den Antrag, der Berufungsbeklagte sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Rechtsmittelverfahren von Fr. 3'000.– zu verpflichten; eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (act. 2 S. 2).

2.1 Im Rahmen eines Scheidungsprozesses kann eine Partei gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB verpflichtet werden, der anderen Partei einen Beitrag zur Finanzierung des Prozesses zu bezahlen. Dabei sind die Grundsätze zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO analog anzuwenden. Der Prozesskostenvorschuss ist also zu gewähren, wenn der ansprechenden Partei die Mittel fehlen, um neben ihrem Lebensunterhalt den Prozess zu finanzieren und dieser nicht aussichtslos erscheint.

2.2 Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren. Es soll verhindert werden, dass eine Partei auf Staatskosten bzw. auf Kosten des Ehepartners einen Prozess führt, den eine Person mit genügenden finanziellen Mitteln auf eigene Kosten bei vernünftiger Überlegung nicht führen würde (BK ZPO I-BÜHLER, Art. 117 N 228 m.w.H.).

Allein aus der Abweisung eines Rechtsmittels bzw. der fehlenden Einholung einer Berufungsantwort (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO) darf nicht auf die Aussichtslosigkeit geschlossen werden (BK ZPO I-BÜHLER, Art. 117 N 270). Die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels sind vielmehr auf Grundlage des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz, der dagegen vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Rügen sowie der gesamten erstinstanzlichen Akten und der Rechtsmittelbegründung zu beurteilen. Eine Bindung an eine positive Prozessprognose des Vorderrichters und damit an die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege durch die Vorinstanz besteht nicht. Entscheidend ist für die Beurteilung der Aussichtslosigkeit, ob ein Rechtsmittel voraussichtlich gutgeheissen werden kann oder nicht (BK ZPO I-BÜHLER, Art. 117 N 271 m.w.H.).

2.3 Wie dargelegt beruft sich die Berufungsklägerin zur Begründung ihres Begehrens im Wesentlichen auf die fehlende Kommunikationsbereitschaft der Parteien sowie den fehlenden gemeinsamen Antrag auf alternierende Obhut und zitiert in diesem Zusammenhang die höchstrichterliche Rechtsprechung zum alten Sorgerecht. Bereits die Vorinstanz wies ausdrücklich darauf hin, dass neu auch gegen den Willen eines oder beider Elternteile die gemeinsame Obhut im Sinne eines Wechselmodells angeordnet werden kann, weshalb dieses (erneute) Vorbringen als aussichtslos zu werten ist. Die Argumentation, dass der Erfolg des Wechselmodells massgeblich vom beidseitigen Einverständnis abhängig ist, mag zwar stichhaltig sein, ändert indessen nichts an der gesamthaften Beurteilung der Prozesschancen der Berufungsklägerin: Indem das von der Vorinstanz festgelegte Modell bereits während des Zusammenlebens und auch nach der Trennung von den Parteien so gelebt wurde, bestand – wie die Vorinstanz sehr zutreffend erwog – keine Veranlassung, ohne Not davon abzuweichen. Und dass eine solche Not (insbesondere eine Erziehungsunfähigkeit des Berufungsbeklagten) bestehen würde, konnte die Berufungsklägerin in keiner Weise glaubhaft dartun.

Von vornherein aussichtslos zu werten ist sodann die Berufung auf eine Verletzung von Art. 234 ZPO, wobei auf die einschlägigen Erwägungen zu verweisen ist.

2.4 Damit mangelt es an einer wesentlichen Voraussetzung, den Berufungsbeklagten zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags an die Berufungsklägerin zu verpflichten bzw. – subsidiär – ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Der entsprechende Antrag ist daher abzuweisen. Die Prüfung der Mittellosigkeit der Berufungsklägerin erübrigt sich vor diesem Hintergrund, wobei sie darauf hinzuweisen ist, dass sie den in diesem Zusammenhang in Aussicht gestellten aktuellen Bankauszug (act. 2 S. 15) bis jetzt nicht beigebracht hat.

3. Es rechtfertigt sich, über die Kostenfolge des Berufungsverfahrens bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss sind die Kosten der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Berufungsbeklagten ist kein Aufwand entstanden, den es zu entschädigen gälte.

3. Die Entscheidgebühr richtet sich nach § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der GebVO des Obergerichts. Sie ist auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

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

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 26. September 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Uster und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: