

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY150055-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro

Beschluss vom 31. März 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 18. Dezember 2015 (FE150224-F)

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte / Sachverhalt

1. Die Parteien heirateten am tt. November 2014, nachdem die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) kurz zuvor aus ihrer Heimat Peru in die Schweiz eingereist war (Vi-Urk. 3/3/4 und 3/1 S. 3). Aus ihrer bereits zuvor bestehenden Partnerschaft ging der Sohn C._____, geboren tt.mm.2012, hervor, über welchen sie die gemeinsame elterliche Sorge ausüben (Vi-Urk. 3/3/3).
2. Die Parteien standen sich seit dem 18. Juni 2015 vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen (fortan: Eheschutzgericht) in einem Eheschutzverfahren gegenüber (Proz.-Nr. EE150040-F; Urk. 3/1 und 3/4). Nebst der Bewilligung und der Regelung der (weiteren) Folgen des Getrenntlebens, ersuchte die Gesuchstellerin um die Erlaubnis, im Sinne von Art. 301a Abs. 1 lit. a ZGB mit C._____ nach Peru zurückkehren zu dürfen (Vi-Urk. 3/1). Mit Verfügung vom 19. August 2015 (Vi-Urk. 3/19) ordnete das Eheschutzgericht auf Antrag des Gesuchstellers und Berufungsklägers (fortan: Gesuchsteller) – vorsorglich – die Hinterlegung der Ausweise von C._____ an, um damit den Bedenken des Gesuchstellers zu begegnen, die Gesuchstellerin könnte mit C._____ nach Peru flüchten. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 2. Oktober 2015 (EE150040-Prot. S. 7) einigten sich die Parteien in einer Teilkonvention über sämtliche Folgen des Getrenntlebens mit Ausnahme der Bewilligung zur Rückkehr nach Peru mit C._____ (Vi-Urk. 3/32). Noch bevor diese Streitfrage entschieden und das Eheschutzverfahren abgeschlossen werden konnte, reichten die Parteien am 12. November 2015 beim Einzelgericht am Bezirksgericht Horgen (fortan: Vorinstanz) ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein (Vi-Urk. 1 und 2). Dieses wurde der Richterin zugeteilt, welche bereits das Eheschutzverfahren führte. Daraufhin erging am 27. November 2015 im Eheschutzverfahren ein Urteil, mit welchem die Folgen des Getrenntlebens antragsgemäss geregelt bzw. die Teilkonvention genehmigt resp. vorgemerkt wurde. Auf die Rechtsbegehren, die einen Aufenthaltsortswechsel betreffen, wurde "infolge Anhängigmachen des ge-

meinsamen Scheidungsbegehrens" nicht eingetreten. In derselben Dispositivziffer führte die Eheschutzrichterin weiter aus: "Über diese Anträge wird in einem Massnahmenentscheid im Rahmen des Scheidungsverfahrens entschieden (Verfahrens-Nr. FE150224)" (Vi-Urk. 3/37, Dispo.-Ziff. 4).

3. Nach Eingang des gemeinsamen Scheidungsbegehrens ohne Konvention über die Scheidungsfolgen (Vi-Urk. 2), lud die Vorinstanz am 27. November 2015 auf den 26. Februar 2016 zur "Anhörung und Instruktionsverhandlung zwecks Vergleichsgespräche" vor (Vi-Urk. 4). Mit Eingabe vom 8. Dezember 2015 ersuchte die Gesuchstellerin die Vorinstanz, hinsichtlich der Begehren im Zusammenhang mit der Rückkehr nach Peru ohne Verzug vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (Vi-Urk. 7a). Diese Eingabe wurde dem Gesuchsteller nicht zugestellt und in der Folge erging ohne weitere Stellungnahme und Verhandlung die vorinstanzliche Verfügung vom 18. Dezember 2015 betreffend vorsorgliche Massnahmen. Damit wurde der Gesuchstellerin erlaubt, den Aufenthaltsort von C. _____ nach Peru zu verlegen (Dispo.-Ziff. 2). Die Schriftensperre für C. _____ wurde per Rechtskraft des Entscheids aufgehoben (Dispo.-Ziff. 3). Ausserdem wurde der Gesuchstellerin ab dem Zeitpunkt des Wegzugs die alleinige elterliche Sorge zugewiesen und es wurden das Besuchsrecht und die Unterhaltsbeiträge für die Zeit nach dem Wegzug geregelt (Dispo.-Ziff. (Dispo.-Ziff. 4-8; Vi-Urk. 8 S. 34 f.). Der Gesuchsteller nahm die Verfügung am 21. Dezember 2015 entgegen (Vi-Urk. 9/2).

4. Mit Eingabe vom 23. Dezember 2015 erhob der Gesuchsteller rechtzeitig Berufung gegen die Verfügung vom 18. Dezember 2015. Zudem beantragte er, seiner Berufung sei superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 1, Beilagen: Urk. 4/3-5). Mit Verfügung vom 28. Dezember 2015 wurde der Berufung gegen Dispositiv-Ziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung (Erlaubnis zum Wechsel des Aufenthaltsortes) superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt. Im Übrigen wurde auf das Gesuch nicht eingetreten. Zudem wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen und die Berufung zu beantworten (Urk. 6). Rechtzeitig beantwortete die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 11. Januar 2016 die Beru-

fung und nahm zur beantragten Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung (Urk. 8; Beilagen: Urk. 10/1-3). Mit Verfügung vom 18. Januar 2016 wurde die Verfügung vom 28. Dezember 2015 bestätigt, mithin der Berufung gegen Dispositiv-Ziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung die aufschiebende Wirkung erteilt. Gleichzeitig wurde dem Gesuchsteller die Berufungsantwort zur Kenntnis gebracht (Urk. 11). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Materielles

1. Der Gesuchsteller rügt zunächst diverse Verfahrensfehler. Erstens sei dem Gesuchsteller das rechtliche Gehör verweigert worden, indem ihm im Massnahmeverfahren, welches ein vom Eheschutzverfahren unabhängiges Verfahren sei, keine Möglichkeit gegeben worden sei, sich im Rahmen einer schriftlichen Stellungnahme oder einer mündlichen Verhandlung zu äussern (Urk. 1 Rz 4). Zweitens sei sein rechtliches Gehör dadurch verletzt worden, dass ihm die Eingabe der Gesuchstellerin vom 8. Dezember 2015 vor der Entscheidungsfindung nicht zur Kenntnis gebracht worden sei (Urk. 1 Rz 5). Drittens habe die Vorinstanz zu Unrecht ausschliesslich auf die Erhebungen aus dem bereits abgeschlossenen Eheschutzverfahren abgestellt, anstatt eigene und aktuelle Sachverhaltsfeststellungen zu erheben. Dies habe dazu geführt, dass sich die Vorinstanz insbesondere nicht mit den relevanten Umständen auseinandergesetzt habe, dass die Gesuchstellerin das in der Konvention vereinbarte Besuchsrecht nicht einhalte, was eine Vereitlungstendenz aufzeige, sowie dass sie von einem anderen Mann schwanger sei (Urk. 1 Rz 6). Viertens sei es unangemessen und unverhältnismässig, über die wichtige und präjudizierende Frage des Aufenthaltswechsels im summarischen Verfahren eine Massnahmeentscheidung zu treffen, wenn bereits das ordentliche Scheidungsverfahren anhängig sei und bereits zur in zwei Monaten stattfindenden Anhörung vorgeladen worden sei (Urk. 1 Rz 8-11).

2. Die Gesuchstellerin bezeichnet "die vom Berufungskläger vorgeschlagene Vorgehensweise, wie die Vorinstanz hätte zu ihrem Massnahmenentscheid kommen können", als überspitzt formalistisch und jeglichen Prinzipien der Verfahrensökonomie widersprechend. Die Parteien hätten sich bereits im Eheschutzver-

fahren umfassend zum streitgegenständlichen Thema äussern können und zwischenzeitlich, seit der Verhandlung vom 2. Oktober 2010 (recte: 2015), hätten sich die Verhältnisse überhaupt nicht verändert. Eine Vereitelungstendenz der Gesuchstellerin bestehe im Übrigen nicht, nachdem sie den Entscheid über die Verlegung des Wohnsitzes bewusst in das gerichtliche Ermessen gestellt habe. Da kein diesbezügliches Verbot ausgesprochen worden sei, sei die Gesuchstellerin mit ihren Kindern über die Weihnachtszeit nach Peru zurückgekehrt, weil sie ohnehin nie die Absicht gehabt habe, in der Schweiz zu bleiben und sich hier nicht habe einleben können sowie weil für C._____ die Schule in Peru Anfang März beginne (Urk. 8 Rz 7). Die Vorinstanz habe sodann entgegen der Auffassung des Gesuchsgegners sehr wohl im gewählten Rahmen über die bereits im Eheschutzverfahren anhängig gemachten Begehren betreffend den Aufenthaltsort des Kindes entscheiden dürfen (Urk. 8 Rz 8).

3. Zunächst ist zu bemerken, dass das Eheschutzgericht im Urteil vom 27. November 2015 zu Unrecht nicht auf die Rechtsbegehren eintrat, die einen Aufenthaltsortswchsel von C._____ betreffen (Urk. 3/37 Dispo.-Ziff. 4). Für die Zeit vor Rechtshängigkeit der Scheidung trifft das Eheschutzgericht sämtliche Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens, für die Zeit danach ist hierfür das Scheidungsgericht zuständig (BGE 129 III 60, Regeste). Durch Anhängigmachung des Scheidungsprozesses wird ein Eheschutzverfahren jedoch nicht einfach gegenstandslos. Das Eheschutzgericht bleibt zuständig für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung, selbst wenn es darüber erst nach diesem Zeitpunkt entscheiden kann (BGE 129 III 60, E. 3). Diese Rechtsprechung hat auch nach Erlass der eidgenössischen Zivilprozessordnung Gültigkeit (Sutter-Somm/Vontobel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 37 zu Art. 276). Kinderbelange sind sodann immer einheitlich zu regeln. Es geht nicht an, Kinderunterhalt separat von der Obhutsfrage oder dem streitgegenständlichen Aufenthaltsortswchsel zu regeln. Auch die zeitliche Beschränkung der getroffenen Anordnungen bzw. das Abhängigmachen vom Entscheid eines anderen Gerichts, mithin die Regelung der Kinderbelange nur für die Zeit, "solange sich die Gesuchstellerin in der Schweiz aufhält"

(Urk. 3/37 Dispo.-Ziff. 3), erweist sich als unzulässig, da damit eine unvollständige Regelung der Kinderbelange erfolgt. Nach dem Gesagten hätte das Eheschutzgericht auch über den bereits vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens gestellten Antrag hinsichtlich Bewilligung zum Wechsel des Aufenthaltsortes von C._____ entscheiden dürfen und müssen. Dieser Entscheid hätte aufgrund der im Eheschutzverfahren bis zu dessen Abschluss mit Urteil vom 27. November 2015 erfolgten Erhebungen und unter Berücksichtigung aller bis Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung am 12. November 2015 entstandenen Tatsachen ergehen müssen. Damit hätte sich – vorbehältlich wesentlich geänderter Verhältnisse – ein vorsorgliches Massnahmeverfahren erübrigt. Die Parteien fochten das Eheschutzurteil indessen nicht an, womit es in formelle Rechtskraft erwuchs (vgl. BGE 141 III 276). Der angestrebte Aufenthaltsortwechsel von C._____ (und dessen Folgen) kann deshalb vor Erlass des Scheidungsurteils nur noch im Rahmen des vorliegenden Massnahmeverfahrens geprüft werden.

4.1. Aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) folgt das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den Eingaben der anderen Verfahrensparteien zu äussern (BGE 133 I 98). Die Wahrnehmung dieses Rechts setzt voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei vor Erlass eines Entscheids zugestellt wird, damit sie sich darüber schlüssig werden kann, ob sie sich dazu äussern will (BGE 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197 m.w.H.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet das Recht auf gleichmässige Anhörung der Parteien vor dem Entscheid. Dazu gehört zunächst, dass die Parteien über jeden Verfahrensschritt und über alle Äusserungen, Eingaben und Anträge zu orientieren sind (Orientierungsrecht). Weiter haben die Parteien das Recht, sich vor dem Erlass des Entscheids sowie allfälligen Zwischenentscheiden, die selbstständig angefochten werden können, zu äussern (Äusserungsrecht). Ausnahmen rechtfertigen sich aufgrund der Verfahrensökonomie, wenn die Rechtslage klar ist und eine vorgängige Anhörung der Parteien den Prozess unverhältnismässig verzögern würde (anstatt vieler: Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 6 ff. Art. 53, m.w.H.).

4.2. Die Vorinstanz verletzte das rechtliche Gehör des Gesuchstellers bereits dadurch, dass sie ihm die Eingabe der Gesuchstellerin vom 8. Dezember 2015 nicht vor der Entscheidungsfindung zustellte. Es spielt keine Rolle, ob darin neue Tatsachen vorgebracht wurden, oder die Eingabe in anderer Weise Einfluss auf den Entscheid hatte. Der Gehörsanspruch ist formeller Natur (vgl. Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., N 26 zu Art. 53). Vorliegend kommt der Eingabe vom 8. Dezember 2015 aber auch tatsächlich eine Bedeutung zu. Die Gesuchstellerin bringt darin zwar nicht eigentlich neue Tatsachen vor (dass, die Gesuchstellerin schwanger ist, soll der Vorinstanz bereits bekannt gewesen sein), hingegen trägt sie diverse Argumente für die Dringlichkeit eines Entscheids über die Verlegung des Aufenthaltsortes von C._____ vor und drängt auf einen baldigen Entscheid (Vi-Urk. 7a S. 2). Ob und wann vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren angeordnet werden, ist eine ebenso entscheidende Frage, wie die Ausgestaltung solcher Massnahmen. Für die Vorinstanz stand anscheinend vor Eingang der Eingabe der Gesuchstellerin noch nicht fest, in Kürze einen Massnahmeentscheid zu erlassen, wie sich aus der Telefonnotiz vom 11. Dezember 2015 ergibt. Gemäss den dortigen Aufzeichnungen wurde dem Vertreter der Gesuchstellerin mitgeteilt, dass seine Eingabe vom 8. Dezember 2015 als Antrag auf vorsorgliche Massnahmen interpretiert und "folglichs nun entschieden würde, obwohl Zuwarten [bis zur Anhörung/Vergleichsverhandlung vom 26. Februar 2016] auch eine Option gewesen wäre" (Vi-Urk. 7b). Die Eingabe vom 8. Dezember 2015 hatte somit offenbar direkten Einfluss auf die Frage, ob und wann vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden. Wird eine solche Eingabe der Gegenpartei nicht zur Kenntnis gebracht, stellt dies einen schweren Mangel dar.

4.3. Als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör hätte ausserdem beiden Parteien das Recht zugestanden, sich vor Erlass des angefochtenen Entscheids zur Sache zu äussern. Es ist dazu in der Regel eine Verhandlung durchzuführen. Darauf verzichtet werden kann nur, wenn der Sachverhalt aufgrund der Eingaben der Parteien klar oder unbestritten ist (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 und Art. 273 Abs. 1 ZPO). Vorliegend ist weder die Rechts-, noch die Sachlage klar. Die Thematik des Aufenthaltsortwechsels von C._____ ist zwischen den Parteien hoch umstritten. Der Verzicht auf die Anhörung der Parteien lässt sich im vorliegenden

Fall auch mit dem Argument der Prozessökonomie nicht rechtfertigen. Die Verhandlung vom 2. Oktober 2015 lag im Entscheidzeitpunkt zweieinhalb Monate zurück, was an sich kein langer Zeitraum ist. Die Gesuchstellerin war mit C._____ aber erst etwa dreieinhalb Monate zuvor aus der Familienwohnung ausgezogen (EE150040-Prot. S. 15 und 21) und seither war es nur zu drei Treffen zwischen dem Gesuchsgegner und C._____ gekommen (EE150040-Prot. S. 17). Wie sich die Besuche in der Zeit bis zur Entscheidfällung weiterentwickelten, spielt eine wichtige Rolle. Sodann wurde zwischenzeitlich bekannt, dass die Gesuchstellerin von ihrem Freund schwanger ist. Entscheidend ist aber vor allem auch, dass die Scheidung in der Zwischenzeit anhängig gemacht wurde, mithin die Trennung endgültig und der Regelungshorizont der in Frage stehenden Massnahmen folglich kürzer wurde. In der Zeit zwischen der Verhandlung vom 2. Oktober 2015 und dem Entscheid vom 18. Dezember 2015 änderten sich die Verhältnisse massgeblich bzw. die Entwicklung der Situation in dieser Zeit spielt eine Rolle für die Entscheidfindung. Eine weitere Verhandlung hätte deshalb keineswegs einen prozessualen Leerlauf dargestellt und die damit einhergehende Verzögerung des Verfahrens wäre gerechtfertigt gewesen. Dass die Vorinstanz dennoch ohne den Parteien die Möglichkeit zur Äusserung zu geben einen Entscheid fällt, ist eine schwere Gehörsverletzung.

5. Es trifft ferner zu, dass sich die Vorinstanz mit den soeben dargelegten, seit der Verhandlung vom 2. Oktober 2015 entstandenen Neuerungen und der aktuellen Situation nicht ausreichend bzw. gar nicht auseinandersetzte. Da die Parteien nicht angehört wurden, konnten auch deren Standpunkte zu den Neuerungen nicht in die Entscheidfindung einfließen. Insofern rügt der Gesuchsteller zu Recht, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig festgestellt, indem sie, anstatt eigene und aktuelle Sachverhaltsfeststellungen zu erheben, auf die Erhebungen aus dem bereits abgeschlossenen Eheschutzverfahren abgestellt habe.

6. Soweit die Rüge des Gesuchstellers, der Entscheid über den Aufenthaltsortswechsel hätte nicht im summarischen Massnahmeverfahren ergehen dürfen (Urk. 1 Rz 8-11), formeller Natur ist, ist sie unbegründet. Ein Entscheid über den Wechsel des Aufenthaltsortes und die elterliche Sorge kann sehr wohl auch

im summarischen Massnahmeverfahren ergehen. Der Gesuchsteller weist damit aber – ohne diese explizit zu rügen – auf eine Unvollständigkeit der vorinstanzlichen Entscheidbegründung hin. Die Vorinstanz setzte sich nicht mit der Frage auseinander, ob eine *vorsorgliche* Bewilligung des Aufenthaltsortswechsels überhaupt erforderlich und verhältnismässig ist. Selbst wenn ein Aufenthaltsortswechsel voraussichtlich zu bewilligen wäre (Hauptsachenprognose, Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO), ist damit noch nicht gesagt, dass ein einstweiliger Verbleib von C._____ in der Schweiz diesen Anspruch gefährden und für ihn oder die Gesuchstellerin einen nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil bedeuten würde (Nachteilsprognose, Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO), sowie dass die Interessen der Gesuchstellerin an einem sofortigen Aufenthaltsortswechsel die gegensätzlichen Interessen des Gesuchstellers überwiegen. Für diese Abwägung spielt unter anderem auch die voraussichtliche Dauer des Scheidungsverfahrens eine Rolle. Indem die Vorinstanz keine entsprechenden Überlegungen anstellte, setzte sie sich mit einem wesentlichen Teil der Voraussetzungen zur Anordnung einer vorsorglichen Massnahme nicht auseinander bzw. setzte diese stillschweigend als gegeben voraus.

7. Zusammenfassend verletzte die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Gesuchstellers (Art. 53 ZPO), indem sie ihm keine Gelegenheit gab, sich zur gegnerischen Eingabe vom 8. Dezember 2015 zu äussern, und vor der Entscheidung keine Verhandlung durchführte. Da es sich dabei um gravierende prozessuale Mängel handelt, ist eine Heilung durch die Berufungsinstanz ausgeschlossen (vgl. Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., N 26 f. zu Art. 53). Das Gesetz sieht im Falle schwerer prozessualer Mängel nicht explizit die Rückweisung vor (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO), allerdings führen solche immer auch zu einer (potentiell) unvollständigen oder unrichtigen Feststellung des Sachverhalts. Eine Rückweisung hat auch in diesem Fall zu erfolgen (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 37 zu Art. 318). Folglich ist die Verfügung der Vorinstanz vom 18. Dezember 2015 aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zur Durchführung einer Verhandlung und neuer Entscheidung im Sinne der obigen Erwägungen zurückzuweisen. Dies drängt sich umso mehr auf, als der

weitere Verlauf des Scheidungsverfahrens, welchen die Vorinstanz besser als die Berufungsinstanz einzuschätzen vermag, eine Rolle für die Entscheidungsfindung spielt. Zudem setzte sich die Vorinstanz auch nicht mit der aktuellen Situation auseinander und begründete ihren Entscheid mit Bezug auf die Erforderlichkeit der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme nicht. Sie wird dies nachzuholen haben.

6. Auf die weiteren Rügen, die sich auf die Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung im Zusammenhang mit der Frage beziehen, ob der Aufenthaltsortswechsel mit dem Kindeswohl vereinbar ist (Urk. 1 Rz 12-21), ist dementsprechend nicht weiter einzugehen. Die Vorinstanz wird darüber nach Vervollständigung des Verfahrens erneut entscheiden müssen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Vorliegend rechtfertigt es sich, die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens sowie den Entscheid über die Parteientschädigung dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Die Vorinstanz wird zusammen mit den vor ihr aufgelaufenen Prozesskosten nach Massgabe des endgültigen Verfahrensausgangs darüber zu entscheiden haben (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind in Anwendung von § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzulegen.

IV. Unentgeltliche Rechtspflege

1. Beide Parteien ersuchen um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren (Urk. 1 S. 2). Die Vorinstanz bewilligte beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsvertretung (Urk. 2 S. 33 f.) unter Verweis auf das Eheschutzverfahren, in welchem den Parteien – ohne Begründung – ebenfalls das Armenrecht gewährt wurde (Vi-Urk. 37).

2. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos ist (Art. 117 lit. a und b ZPO) und sie zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtskundige Vertretung angewiesen ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigenen Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Ein allfälliger Überschuss zwischen dem effektiv zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Notbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen und danach zu fragen, ob die gesuchstellende Partei mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert angemessener Frist selbst zu finanzieren. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ihr ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung: SWR Bd. 3, Bern 2001, S. 182 f. und 185 f.; Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV]). Das Armenrechtsgesuch ist unter Nachweis der finanziellen Verhältnisse und der Prozesschancen zu begründen (Art. 119 Abs. 2 ZPO).

3. Die Gesuchstellerin begründet ihr Gesuch damit, sie habe seit ihrer Rückkehr nach Peru noch keine Stelle gefunden und werde aufgrund ihrer Schwangerschaft und der Betreuung von drei Kindern in nächster Zeit nicht arbeiten können (Urk. 8). Dies ist nachvollziehbar. Hinzu kommt, dass auch das Salär von umgerechnet etwa Fr. 700.– im Monat, welches die Gesuchstellerin früher als Croupier in Peru erwirtschaften konnte (EE150040-Prot. S. 10), selbst unter Berücksichtigung von tiefen Lebenskosten in Peru offenkundig nicht ausreichen würde, um den Prozess zu finanzieren. Das Rechtsbegehren der Gesuchstellerin kann, wie üblich in familienrechtlichen Verfahren, nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Die Gesuchstellerin war darüber hinaus, wie sie zu Recht vorbringt (Urk. 8 Rz 17),

als rechtsunkundige und mit den schweizerischen Sitten nicht vertraute Partei für dieses gewichtige Interessen betreffende Verfahren auf einen Rechtsbeistand angewiesen. Aus diesen Gründen ist ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es ist ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben.

4.1. Der Gesuchsteller verweist zur Begründung seines Armenrechtsgesuchs auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vor Vorinstanz und die seither unveränderten finanziellen Verhältnisse (Urk. 1). Ein solcher Verweis ist nicht ausreichend. Vorliegend rechtfertigt es sich jedoch aufgrund der einfachen Verhältnisse ausnahmsweise, sein Gesuch gestützt auf die im Eheschutzverfahren vorgetragene Begründung zu prüfen (Vi-Urk. 3/4 Rz 5 und 7).

4.2. Der Gesuchsgegner beziffert darin sein monatliches Nettoeinkommen ohne Kinderzulagen mit durchschnittlich Fr. 4'976.25 (Vi-Urk. 3/4 Rz 5), was durch die eingereichten Lohnabrechnungen ausgewiesen ist (Vi-Urk. 3/5/5-6 und 3/25/4). Diesem Einkommen stellt er einen monatlichen Bedarf ohne Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 4'298.20 gegenüber (Vi-Urk. 3/4 Rz 5). Dieser Bedarf ist ausgewiesen. Belegt ist insbesondere auch, dass der Gesuchsteller für den Arbeitsweg auf das Auto angewiesen ist, welches mit Fr. 600.– im Bedarf veranschlagt wurde (Vi-Urk. 3/4 Rz 5; Vi-Urk. 3/5/2, 3/5/3, 3/29/1-2). Somit verbleibt ein Überschuss von Fr. 678.05. Aus diesem muss der Gesuchsteller die vorinstanzlich angeordneten Unterhaltsbeiträge von Fr. 880.– (Fr. 780.– für C._____ und Fr. 100.– für die Gesuchstellerin; Urk. 3/32) bzw. Fr. 760.– (für C._____ "ab dem Zeitpunkt des Wegzugs"; Urk. 2 S. 35) bezahlen. Namhaftes Vermögen ist nicht aktenkundig. Er ist somit mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO. Auch sein Standpunkt war nicht aussichtslos (Art. 117 lit. b ZPO) und er war aufgrund der Bedeutung des Falls und der sich ergebenden rechtlichen Schwierigkeiten auf anwaltliche Vertretung angewiesen, zumal auch die Gegenpartei anwaltlich vertreten war. Dem Gesuchsteller ist deshalb die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X2._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben.

4.3. Mit Eingabe vom 23. Februar 2016 teilte Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ mit, Rechtsanwalt X2._____ habe seine Anwaltstätigkeit eingestellt, weshalb er das Mandat übernommen habe. Er legitimierte sich mit einer Vollmacht vom 19. Januar 2016 (Urk. 12 und 13). Unter diesen Umständen ist die unentgeltliche Rechtsvertretung des Gesuchstellers durch Rechtsanwalt X2._____ bis 22. Februar 2016 zu befristen und dem Gesuchsteller ab dem 23. Februar 2016 ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person von Rechtsanwalt X1._____ beizugeben.

Es wird beschlossen:

1. Beiden Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.
2. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Dem Gesuchsteller wird für das Berufungsverfahren für die Zeit bis zum 22. Februar 2016 in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X2._____ und für die Zeit ab dem 23. Februar 2016 in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 18. Dezember 2015 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
6. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
7. 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.

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 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, 31. März 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:
mc