

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY190045-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Beschluss und Urteil vom 15. Juli 2020

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Horgen vom 5. September 2019; Proz. FE180254**

Abgeändertes/ergänzttes Rechtsbegehren (act. 4/32 und 4/43):

"1.1 Ziff. 2.3:

1. [...]

1.1. Ziff. 2.3 (neu)

1.1.1.

2.3.1.

[...]

- [...];
- [...];
- [...];
- [...];
- [...];
- jährlich während mindestens zwei Wochen Ferien, wobei das Ferienbesuchsrecht zwischen den Parteien mindestens drei Monate im Voraus abzusprechen ist. Können sie sich nicht einigen, so soll der Mutter in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zustehen; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Vater.

[...].

1.1.2. [...]

1.1.3. [...]

1.1.4. neuer Absatz in Ziff. 2.3:

2.3.4.

Der Beklagten sei die Weisung gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB zu erteilen, ihrer Informations-, Anhörungs- und Auskunftspflicht i.S.v. Art. 275a ZGB betreffend Krankheit, Unfall, bevorstehende Operationen, schulische Leistungen, schulische und berufliche Ausbildungen, Verhaltensauffälligkeiten, Teilnahme an Wettkämpfen oder Schulanlässen, wichtige Entwicklungsschritte, Wohnortwechsel, etc., der drei Kinder nachzukommen, unter Androhung der Bestrafung mit Busse (CHF 10'000.-) wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle.

1.1.5. neuer Absatz nach Ziff. 2.3:

Die mit Eheschutzentscheid vom 29.03.2017 des Bezirksgerichts Willisau (Fall-Nr. 2C4 16 182) bzw. mit Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 26.07.2018 betreffend Abänderung der Eheschutzmassnahmen (Fall-Nr. 2C4 17 159) errichtete Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB bei der KESB Region Entlebuch, Ruswil und Wolhusen sei aufrechtzuerhalten.

Die KESB Region Entlebuch, Ruswil und Wolhusen sei anzuweisen, einen Beistandswechsel vorzunehmen.

1.1.6. neuer Absatz nach Ziff. 2.3:

Die Parteien seien zu verpflichten, eine Mediation betreffend die Konflikte bezüglich der Kinderbelange (insb. Besuchsrecht) durchzuführen.

1.2 Ziff. 3:

Der Kläger sei zu verpflichten ab 01.08.2019 an den Unterhalt der gemeinsamen Kinder C._____, D._____ und E._____ monatlich vorauszahlbare Unterhaltsbeiträge (Barunterhalt) zuzüglich Kinder-/ Ausbildungszulagen von höchstens CHF 80.00 pro Kind zu bezahlen:

Es sei festzustellen, dass der Kläger mangels Leistungsfähigkeit keinen Unterhalt an die Beklagte schuldet.

2. [...]"

Verfügung des Einzelgerichtes:

1. Das Gesuch des Klägers um Erlass von vorsorglichen Massnahmen wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die gegenseitigen Anträge der Parteien um Verpflichtung der Gegenpartei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses werden abgewiesen.
3. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Dem Kläger wird Rechtsanwältin Dr. iur. X._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin und der Beklagten Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Entscheides werden dem Endentscheid vorbehalten.

5./6. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (act. 2 und 14):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgerichts, vom 5. September 2019, betreffend Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen) aufzuheben, insoweit die beantragte Änderung der Unterhaltszahlungen (Ziff. 1.2. der Anträge des Klägers im Gesuch betr. vorsorgliche Massnahmen vom 06.05.2019) betroffen ist.
2. Es sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese sei zu verpflichten, auf das Begehren des Berufungsklägers bzw. Klägers betreffend vorsorgliche Massnahme resp. Abänderung der Unterhaltsbeiträge (Ziff. 1.2. der Anträge des Klägers im Gesuch betr. vorsorgliche Massnahmen vom 06.05.2019), einzutreten.
3. Die Berufungsbeklagte bzw. Beklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger bzw. Kläger einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen mind. CHF 5'000.00 zu bezahlen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzlicher MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten bzw. Beklagten."

Prozessuale Anträge:

"Es sei dem Berufungskläger bzw. Kläger für das obergerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

der Berufungsbeklagten (act. 9 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Eventualiter:

Die Angelegenheit sei mit der Weisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, das Massnahmeverfahren (Geschäfts Nr. FE 180254) in Bezug auf den Antrag Ziff. 1.2 des Klägers auf Abänderung von Ziff. 3 des Entscheides ER BG Willisau vom 29.03.2017 (Fall-Nr. 2C4 16 182) zu sistieren, bis in dem vor Kantonsgericht Luzern hängigen Eheschutzverfahren der Parteien (Fallnummer 3B 19 39) ein rechtskräftiger Entscheid zur Kinder-Unterhaltspflicht des Klägers vorliegt.

2. Der Kläger habe der Beklagten für das vorliegende Verfahren einen Prozesskostenvorschuss von vorerst CHF 5'000.– zu bezahlen.

Eventualiter:

Der Beklagten sei für das Berufungsverfahren die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr der unterzeichnete Anwalt als unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt. August 2012 geheiratet. Sie sind die Eltern der Zwillinge D._____ und C._____, geboren am tt.mm.2012, und E._____, geboren am tt.mm.2014 (act. 4/2). Mit Eheschutzentscheid vom 29. März 2017 berechnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Willisau die Parteien zum Getrenntleben und genehmigte die von ihnen abgeschlossene Teilvereinbarung. Im Wesentlichen wurden die Kinder unter die Obhut der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) gestellt, die persönlichen Kontakte des Klägers und Berufungsklägers (fortan Kläger) geregelt und dieser zur Leistung von Kinderunterhalt verpflichtet (act. 4/16/2). Im Rahmen eines Abänderungsverfahrens verfügte das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Willisau mit Entscheid vom 26. Juli 2018 eine Erhöhung der Unterhaltszahlungen des Klägers und errichtete eine Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB. Die weiteren Anträge der Parteien wurden abgewiesen (act. 4/16/3). Hiergegen erhob der Kläger Berufung. Mit Urteil vom 14. Dezember 2018 hob das Kantonsgericht Luzern den angefochtenen Entscheid aus prozessualen Gründen auf und wies die Sache – mit Ausnahme der Errichtung der Beistandschaft sowie der Frage des Obhutswechsels und der Ausdehnung der Betreuungszeiten – zur Neuurteilung an das Einzelgericht zurück (act. 4/16/4).

2. Inzwischen machte der Kläger am 3. Dezember 2018 beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Horgen (fortan Vorinstanz) die Scheidungsklage anhängig (act. 4/1). Mit Eingabe vom 6. Mai 2019 ersuchte er um Erlass von vorsorglichen Massnahmen (act. 4/32 S. 2 ff.). Anlässlich der auf den 17. Juli 2019 verschobenen Verhandlung änderte bzw. ergänzte der Kläger sein Massnahmegesuch im eingangs genannten Sinn (act. 4/36-38, act. 4/43 S. 2 ff.). Er verlangte zusammengefasst die Herabsetzung seiner Unterhaltsverpflichtung, die Regelung der persönlichen / audiovisuellen Kontakte und seiner Informationsrechte, einen Beistandswechsel und die Verpflichtung der Parteien zu einer Mediation.

Ebenfalls am 17. Juli 2019 erging – in Kenntnis des am Bezirksgericht Horgen hängigen Scheidungsverfahrens und des Massnahmegesuches – der Entscheid des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Willisau. Es änderte die vom Kläger zu leistenden Kinderunterhaltsbeiträge erneut ab und legte für die Zeit ab dem 1. Februar 2018 fünf Berechnungsphasen fest. Für die letzte Phase ab 1. Juni 2019 verpflichtete es den Kläger, monatlich für D._____ und C._____ je Fr. 1'225.– und für E._____ Fr. 1'215.– zu bezahlen (act. 4/49). Auch gegen diesen Entscheid erhob der Kläger Berufung beim Kantonsgericht Luzern, welches ihr teilweise aufschiebende Wirkung erteilte. Gleich wie mit seiner ersten Berufung setzte er sich im Wesentlichen gegen die Erhöhung der Unterhaltsbeiträge zur Wehr und verlangte erneut die Regelung audiovisueller Kontakte und den Erlass einer Weisung an die Beklagte (act. 3/2, act. 4/52). Soweit bekannt hat das Kantonsgericht Luzern über die Berufung noch nicht entschieden (act. 9 Rz 14, act. 11).

3. Mit Verfügung vom 5. September 2019 (act. 5) trat die Vorinstanz auf das Gesuch des Klägers um Erlass von vorsorglichen Massnahmen betreffend Unterhaltsbeiträge, audiovisuelle Kommunikation, Informationspflicht und Beistandswechsel nicht ein. Hinsichtlich der weiteren Anträge (Abänderung des Besuchsrechtes, neutraler Übergabeort und Verpflichtung zur Mediation) wies sie das Gesuch ab (Dispositiv-Ziffer 1). Ebenso wies sie die Anträge der Parteien um Verpflichtung der Gegenpartei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses ab, bewilligte beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung und bestellte ihnen je einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Dispositiv-Ziffern 2 und 3).

Gegen Dispositiv-Ziffer 1 erhob der Kläger rechtzeitig Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 2). Der Massnahmeentscheid wird demnach nur im Unterhaltspunkt angefochten; im Übrigen ist er in Rechtskraft erwachsen, soweit auf die Begehren eingetreten wurde.

Mit Verfügung vom 12. Februar 2020 wurde der Beklagten Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt. Von der Einholung eines Kostenvorschusses wurde einstweilen abgesehen (act. 7). In der fristgerecht eingereichten Antwort schliesst die Beklagte auf Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei.

Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anweisung, das Massnahmeverfahren bis zu einem rechtskräftigen Entscheid des Kantonsgerichtes Luzern zu sistieren (act. 9). Die Berufungsantwort wurde dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt. Dieser hält in seiner Stellungnahme vom 28. April 2020 an seinen Anträgen fest und verlangt im Übrigen die Abweisung der Anträge der Beklagten (act. 12 und 14). Auch die Stellungnahme wurde der Beklagten zur Kenntnis gebracht (act. 15-16).

II.

1. Gegenstand der Berufung ist wie gesehen lediglich noch das Nichteintreten der Vorinstanz auf die beantragte Änderung der Unterhaltsbeiträge. Es liegt im Belieben der Partei, ihr Rechtsmittel auf einzelne Punkte zu beschränken. Der Vorwurf der Beklagten, der Kläger verhalte sich dadurch widersprüchlich (act. 9 Rz 4), ist unbegründet. Es ist denn auch nicht ersichtlich, was sie daraus ableiten könnte. Strittig ist die sachliche Zuständigkeitsabgrenzung zwischen dem Eheschutz- und dem Scheidungsgericht als Massnahmegericht. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Eheschutzrichter für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung – mit Wirkung darüber hinaus – zuständig bleibt, und zwar auch dann, wenn er erst nach diesem Zeitpunkt darüber entscheiden kann, lässt sich nach Auffassung der Vorinstanz nur schwer mit dem in Kinderbelangen geltenden Untersuchungs- und Officialgrundsatz vereinbaren. Die Vorinstanz erwog, dass diese Rechtsprechung auch aufgrund der besonderen Konstellation, in welcher der Kläger in Horgen um Abänderung der Eheschutzmassnahmen vom 29. März 2017 ersuche, die parallel durch das Kantonsgericht Luzern abgeändert würden, nicht zielführend sei. Sie würde die gleichen Tatsachen wie das Kantonsgericht Luzern überprüfen, was unweigerlich zu sich widersprechenden Entscheiden führe und durch Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO gerade verhindert werden soll. Sollte der Kläger die Abänderung des (bereits abgeänderten) noch nicht rechtskräftigen Urteils vom 17. Juli 2019 verlangen, so stünden die abzuändernden Rechtssätze nicht fest. Die Vorinstanz schloss, es fehle an der Prozessvoraussetzung von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO, weshalb auf die Rechtsbegehren betreffend Regelung der Unterhaltsbeiträge, der audiovisuellen Kontakte und des

Informationsrechtes nicht einzutreten sei. Die Sistierung des Verfahrens sei nicht angezeigt, da der Kläger die rückwirkende Abänderung seit Rechtshängigkeit des Massnahmegesuches verlangt habe. Somit würden neue Tatsachen, welche bereits vom Bezirksgericht Willisau bzw. vom Kantonsgericht Luzern überprüft worden seien, erneut beurteilt, was ebenfalls Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO widerspräche (act. 5 S. 15 ff.).

2.a) Der Kläger will mit seiner Berufung die Beurteilung seiner finanziellen Leistungsfähigkeit ab Einreichung der Scheidungsklage am 3. Dezember 2018 durch die Vorinstanz erreichen. Er macht im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht gestützt auf Art. 59 Abs. 2 ZPO auf sein Massnahmegesuch nicht eingetreten. Ihre Argumentation, die bundesgerichtliche Rechtsprechung lasse sich mit dem Untersuchungs- und Officialgrundsatz nicht vereinbaren, überzeuge nicht, da die Sachverhaltsermittlung nichts mit der Zuständigkeit zu tun habe. Für die Abgrenzung der Kompetenzen von Eheschutz- und Scheidungsgericht komme es sodann – unabhängig von den gestellten Rechtsbegehren – einzig auf den Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung an. Für sämtliche Massnahmen nach Eintritt der Rechtshängigkeit sei das Scheidungsgericht zuständig, vorher das Eheschutzgericht. Die Eheschutzmassnahmen würden dahinfallen, wenn sie vom Scheidungsgericht abgeändert würden, ungeachtet dessen, ob das Kantonsgericht Luzern bereits entschieden habe oder nicht. Damit wirke Art. 276 Abs. 2 ZPO widersprüchlichen Urteilen gerade entgegen. Das Scheidungsgericht dürfe im Übrigen rückwirkend keine Massnahmen treffen, wenn bereits ein Eheschutzverfahren durchgeführt worden oder noch hängig sei. Indem die Vorinstanz auf seine Anträge nicht eingetreten sei, habe sie Art. 276 ZPO und Art. 179 Abs. 1 i.V.m. Art. 286 Abs. 2 ZGB verletzt, was zudem einer Rechtsverweigerung gleichkomme. Auch die vorliegende Konstellation spreche nicht gegen die Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. In Anbetracht des seit 2017 im Kanton Luzern hängigen Abänderungsverfahrens und der Anfang Dezember 2018 eingereichten Scheidungsklage könne nicht die Rede davon sein, dass das Eheschutz- und das Scheidungsgericht die gleichen Tatsachen überprüfen müssten. Wenn das Scheidungsgericht nicht auf das Massnahmegesuch und zugleich das Eheschutzgericht nicht auf das Abänderungsgesuch eintrete oder dieses zurückgezo-

gen werde, drohe schliesslich eine Lücke, da Unterhaltsbeiträge bekanntlich nicht rückwirkend abgeändert werden könnten (act. 2 S. 4 ff.).

b) Die Beklagte hält dagegen, die Identität der Streitsache sei hier zweifelsohne gegeben, weshalb die Vorinstanz zu Recht infolge anderweitiger Rechtshängigkeit auf das Begehren um Anpassung der Unterhaltsbeiträge nicht eingetreten sei. Dies gelte umso mehr, als weder im Eheschutz- noch im Massnahmeverfahren feststehe, gestützt auf welche richterlich festgestellten Grundlagen die Voraussetzungen einer dauernden und erheblichen Veränderung der massgebenden Verhältnisse geprüft werden könnte. Obwohl der Eheschutzrichter nach dem vom Kläger vertretenen – hier bestrittenen – Konzept einer zeitlichen Zuständigkeitsspaltung nur die bis zur Rechtshängigkeit der Scheidung entstandenen Tatsachen berücksichtigen dürfe, mache der Kläger einerseits im hängigen Eheschutzverfahren neue, nach seinem Scheidungsbegehren eingetretene Tatsachen und andererseits im Massnahmeverfahren eine Verschlechterung seiner Verhältnisse gegenüber dem Eheschutzentscheid vom 29. März 2017 geltend. Selbst wenn aber auf das Konzept abgestellt würde, wäre zumindest bis zur Rechtshängigkeit der Scheidung allein der Eheschutzrichter für den Entscheid über allfällig veränderte Verhältnisse seit dem Entscheid vom 29. März 2017 zuständig. Nur diese (neue) Regelung könnte Gegenstand und zugleich Massstab einer weiteren Abänderung im Massnahmeverfahren bilden, ansonsten es zu widersprüchlichen Entscheiden käme. Die Litispendenz des Eheschutzverfahrens stehe einem Sachentscheid des Massnahmerichters also auch nach der Argumentation des Klägers entgegen. Ist die Streitsache bereits hängig, fehle es auch am Rechtsschutzinteresse des Klägers an der nochmaligen gerichtlichen Beurteilung. Er sei durch das Nichteintreten des Massnahmerichters nicht beschwert, denn es stehe ihm frei, im hängigen Eheschutzverfahren Noven vorzubringen und nach Rechtskraft des Entscheides ein Massnahmegesuch auf dessen Abänderung einzureichen. Durch die vom Kläger behauptete Kognitionsbeschränkung würden sodann die Grundsätze der Untersuchungsmaxime und des Novenrechtes zum Nachteil des Kindeswohles beeinträchtigt oder gar ausgeschaltet. Ebenso drohe eine Rechtsschutzlücke, da unterhaltsrelevante Sachverhalte zwischen Klageeinreichung und Eheschutzentscheid, der nach Klagewegfall unverändert

weitergelten würde, zwangsläufig unberücksichtigt blieben. Dies würde auch für den Fall eines Sachentscheides des Massnahmerichters vor Rechtskraft des Eheschutzentscheides gelten, weil dieser grundsätzlich nur ab Rechtskraft Geltung haben könne (act. 9 Rz 3 ff.).

c) In seiner Stellungnahme zur Berufungsantwort hält der Kläger an seinen Ausführungen fest und bestreitet die Darstellung der Beklagten (act. 14).

3.a) Gemäss bundesrechtlicher (Teil-)Regelung ist das Eheschutzgericht für den Erlass von Massnahmen – der hier strittige Kinderunterhalt ist gleichermaßen wie ehelicher Unterhalt erfasst – bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung zuständig, während das Scheidungsgericht (als Massnahmegericht) ab diesem Zeitpunkt zuständig wird (Art. 276 Abs. 2 ZPO, vgl. BGer 5A_344/2015 E. 8.3. vom 29. Februar 2016). Daran ändert nichts, dass vorliegend Eheschutz- und Scheidungsgericht in verschiedenen Kantonen liegen (BSK ZPO-Bähler, 3. A., Art. 276 N 11). Die Eheschutzmassnahmen bleiben über die Rechtshängigkeit der Scheidung hinaus in Kraft, bis sie durch vorsorgliche Massnahmen des Scheidungsgerichtes abgeändert werden. Diese zeitliche Zuständigkeitsspaltung gilt auch, wenn wie vorliegend das Scheidungsverfahren *während* eines noch hängigen Eheschutz- bzw. Abänderungsverfahrens anhängig gemacht wird: In diesem Fall wird das Eheschutzverfahren nicht einfach gegenstandslos, sondern bleibt das Eheschutzgericht für Massnahmen bis zur Rechtshängigkeit der Scheidungsklage zuständig, selbst wenn es erst nach diesem Zeitpunkt darüber entscheiden kann (BGE 129 III 60 E. 2 f., präzisiert in BGE 138 III 646 [Pra 102 (2013) Nr. 34] m.w.H.).

Aus der aus Art. 276 Abs. 2 ZPO resultierenden zeitlichen Zuständigkeitsspaltung folgt der Sache nach eine Beschränkung der Überprüfungsbefugnis des Eheschutzrichters in tatsächlicher Hinsicht. Dies bedeutet, dass er bei einem Entscheid nach Rechtshängigkeit der Scheidung nur Tatsachen berücksichtigen darf, die bis zur Rechtshängigkeit entstanden sind, selbst wenn er erst Monate oder Jahre danach entscheidet. Tatsachen, die sich erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsbegehrens ereignet haben bzw. erst in einem Zeitpunkt danach wirksam werden, fliessen nicht mehr in die materielle Beurteilung des Eheschutz-

richters ein. Die Rechtshängigkeit der Scheidung markiert demnach den für den Eheschutzrichter entscheiderelevanten Zeitpunkt (zum Ganzen Zogg, "Vorsorgliche" Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in: FamPra 2018 S. 57 m.w.H., vgl. nebst vielen OGer ZH LE180045 vom 13. September 2019, OGer ZH LE180061 vom 12. September 2019, OGer ZH LE170039 vom 14. März 2018 mit Verweis auf ZR 101 (2002) Nr. 25 [letzterer zur kantonalen ZPO]).

b) Diese Grundsätze gelten jedenfalls dann, wenn im Zeitpunkt des Erlasses des Eheschutzentscheides – sei dies vor oder nach Anhängigmachung des Scheidungsverfahrens – *kein* Zuständigkeitskonflikt vorliegt. Ein solcher besteht, wenn wie vorliegend im hängigen Scheidungsverfahren vor Fällung des Eheschutz- bzw. Abänderungsentscheides ein Massnahmegesuch über dieselben Punkte gestellt wird (BGE 138 III 646 [Pra 102 (2013) Nr. 34]). Auf die Frage, wie im Falle eines Zuständigkeitskonflikts mit dem Massnahmegesuch zu verfahren ist und – hier ebenfalls strittig – auf welche Erkenntnisse der Eheschutzrichter bzw. der Massnahmerichter im Zeitpunkt seines Entscheides abzustellen hat, ist nachfolgend einzugehen.

4.a) In seinem Begehren um vorsorgliche Massnahmen vom 6. Mai 2019 ersuchte der Kläger das Scheidungsgericht bzw. den Massnahmerichter um Abänderung des ursprünglichen Eheschutzentscheides vom 29. März 2017 (act. 4/32 S. 2). Da dieser parallel durch das Bezirksgericht Willisau bzw. das Kantonsgericht Luzern abgeändert werde, ist nach Ansicht der Vorinstanz und der Beklagten wegen anderweitiger Rechtshängigkeit auf das Begehren nicht einzutreten (act. 5 S. 18, act. 9 Rz 8 und 16 ff.). Der Nichteintretensentscheid erging mithin wegen einer fehlenden Prozessvoraussetzung. Eine Rechtsverweigerung, wie sie der Kläger am Rande moniert (act. 2 S. 8), kann darin nicht erblickt werden. Der Auffassung der Vorinstanz ist indes nicht beizupflichten; die eben aufgezeigten Grundsätze (E. II. 3.) bedeuten im konkreten Fall was folgt:

Eheschutz- und Massnahmeentscheiden kommt beschränkte materielle Rechtskraft zu. Sie können aufgehoben bzw. angepasst werden, wenn sich die massgeblichen Verhältnisse seit dem entscheiderelevanten Zeitpunkt wesentlich und dauerhaft verändert haben (Art. 179 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 276 Abs. 1 ZPO).

Eine Abänderung kommt sodann in Betracht, wenn die tatsächlichen Umstände, die dem jeweiligen Entscheid zugrunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben oder wenn sich der Entscheid im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Gericht erhebliche Tatsachen nicht bekannt gewesen sind. Solange ein Eheschutz- oder Massnahmeentscheid aber nicht abgeändert wird, ist er im Rahmen seiner Geltungsdauer endgültig (BGE 141 III 376 E. 3.3.1 und 3.3.4, OGer ZH LY180022 vom 22. August 2018). Als Folge der (beschränkten) materiellen Rechtskraft hat sich die Unterhaltsberechnung im Rahmen einer Abänderung grundsätzlich an den im abzuändernden Entscheid vorgenommenen Wertungen zu orientieren. Davon ist erst dann abzuweichen, wenn sich die tatsächlichen Grundlagen der Unterhaltsberechnung derart verändert haben, dass die betreffenden Wertungsentscheide nicht mehr haltbar sind (OGer ZH LY130038 vom 18. März 2014).

b) Der Kläger beantragt zwar die Abänderung des Eheschutzentscheides vom 29. März 2017 (act. 4/32). Dieser Entscheid ist aber nach dem eben Ausgeführten rechtskräftig und nicht mehr (direkt) vom Massnahmerichter abänderbar. Gegenstand des Massnahmeverfahrens kann nur noch der vom Bezirksgericht Willisau bereits abgeänderte und erneut beim Kantonsgericht Luzern angefochtene Entscheid vom 26. Juli 2018 bzw. 17. Juli 2019 sein (vgl. oben E. I.1., act. 4/16/3-4, act. 4/49). Soweit die Vorinstanz ihrem Verfahren den ursprünglichen Eheschutzentscheid vom 29. März 2017 zugrunde legt, geht sie von einem falschen Streitgegenstand aus. Allein wegen der Formulierung des Massnahmegesuches darauf nicht einzutreten ginge indes zu weit. Vielmehr ist das Begehren des Klägers dahingehend zu verstehen, dass er die Abänderung dieses zweiten Entscheides verlangt. Im Rahmen des Abänderungsverfahrens hatte das Bezirksgericht Willisau und hat gegenwärtig das Kantonsgericht Luzern, bei welchem das Eheschutzverfahren hängig ist, die Voraussetzungen für eine Abänderung, namentlich die erhebliche und dauerhafte Veränderung der relevanten Verhältnisse, zu prüfen. Auch dieser Entscheid wird in materielle Rechtskraft erwachsen, soweit er nicht vom Massnahmerichter abgeändert wird. Hierfür müssen sich die Verhältnisse entgegen der Erwägungen der Vorinstanz nicht seit dem Jahr 2017 oder der letzten Beurteilung (act. 5 S. 17), sondern seit Einreichung der Scheidungs-

klage am 3. Dezember 2018 verändert haben. Dieser Zeitpunkt begründet die Zuständigkeit des Massnahmegerichtes und bezeichnet als Folge der Zuständigkeitsspaltung in zeitlicher Hinsicht die Grenze der materiellen Rechtskraft des Eheschutzentscheides (KUKO ZPO-Oberhammer, 2. A., Art. 236 N 28, N 62 ff., Zogg, a.a.O., S. 57). Wenn nun der Massnahmerichter, wie vom Kläger beantragt, über das Massnahmegesuch befindet, bevor der abzuändernde Entscheid des Kantonsgerichtes Luzern vorliegt, würde gänzlich über die Rechtskraft des Eheschutzentscheides hinweggesehen. Dies widerspräche dem – mit Blick auf die erleichterte Abänderbarkeit und die beschränkte Geltungsdauer zwar nur provisorischen – Charakter hinsichtlich der Beständigkeit auch von Summarentscheidungen im Eheschutz- und Massnahmeverfahren. Hinzu kommt, dass – wie die Beklagte zu Recht einwendet (act. 9 Rz 17) – ein Abänderungsentscheid des Massnahmegerichtes vernünftigerweise nur korrekt gefällt werden kann, wenn der abzuändernde Entscheid selbst vorliegt. Solange dies nicht der Fall ist, kann der Massnahmerichter nicht beurteilen, ob sich die Umstände derart verändert haben, dass sich eine erneute Abänderung rechtfertigt. Der Kläger verkennt demnach die zentrale Bedeutung des Entscheides des Kantonsgerichtes Luzern (act. 2 S. 7). Derzeit ist die Vorinstanz somit nicht zu verpflichten, das Massnahmegesuch materiell zu behandeln.

Eine Ausnahme im Sinne, dass der Massnahmerichter den Abschluss des bei der Rechtsmittelinstanz hängigen Eheschutzverfahrens nicht abzuwarten hat, wäre allenfalls dann denkbar, wenn bereits heute feststeht, dass sich die massgeblichen Verhältnisse seit Rechtshängigkeit der Scheidung dermassen verändert haben, dass ohnehin eine vollständige Neuurteilung der Unterhaltsbeiträge erforderlich sein wird (vgl. BGer 5C.92/2004 vom 1. Juli 2004 E. 2.2.2). Weder finden sich hierfür konkrete Anhaltspunkte noch wird solches von den Parteien vorgebracht.

c) Eine andere Auffassung geht dahin, dass das Massnahmegesuch nicht als Abänderungs-, sondern als originäres Gesuch zu behandeln ist. Der Eheschutzrichter könne, wenn im Scheidungsverfahren ein Massnahmegesuch gestellt werde, nur noch für die vor der Gesuchstellung (oder gar vor Einleitung der

Scheidung) liegende Zeitspanne Anordnungen treffen. Die Vorinstanz dürfte demnach die Unterhaltsbeiträge ab diesem Zeitpunkt – und selbst für ein Jahr rückwirkend (vgl. dazu unten E. 5.b) – festsetzen, ohne den Entscheid des Kantonsgerichtes Luzern abzuwarten (vgl. OGer ZH LE170039 vom 14. März 2018; so auch Maier, Die konkrete Berechnung von Kinderunterhaltsbeiträgen, in: Fam-Pra 2020 S. 323 f.). Diese Beschränkung der Zuständigkeit des Eheschutzrichters würde die Wirkung seines Entscheides vom mehr oder weniger zufälligen Urteilszeitpunkt abhängig machen: Entscheidet der Eheschutzrichter vor Eingang des Massnahmegesuches, so kann bzw. muss er Anordnungen auch für die Zukunft erlassen und der Massnahmerichter hat der beschränkten materiellen Rechtskraft des Eheschutzentscheides ebenso wie den ihm zugrundeliegenden Wertungen Rechnung zu tragen (vgl. oben lit. a). Entscheidet der Eheschutzrichter hingegen erst danach, geht es im Massnahmeentscheid gemäss vorgenanntem Standpunkt nicht um die Abänderung des fortwirkenden eheschutzrichterlichen Entscheides, sondern um eine grundlegende Neuregelung. Diese Unterscheidung erscheint sachlich nicht gerechtfertigt. Ferner führte – würde die eheschutzrichterliche Regelung nur bis zur Einreichung des Massnahmegesuches gelten – ein Rückzug des Massnahmegesuches zu einem Rechtsverlust für die Beklagte für den Zeitraum zwischen Gesuchstellung und Rückzug bzw. einem neuen Gesuch. Um keine Unterhaltslücke zu riskieren, hätte die Beklagte ihrerseits sogleich ein Massnahmegesuch stellen müssen.

Aus diesen Gründen bleibt der Eheschutzrichter nach Ansicht der Kammer auch nach Anhängigmachung der Scheidungsklage und über den Zeitpunkt des Massnahmegesuches hinaus für in die Zukunft reichende Anordnungen zuständig, wobei er allerdings nur bis zur Rechtshängigkeit der Scheidung entstandene Tatsachen beachten darf (vgl. hierzu unten E. 5.a). Mit anderen Worten hat er so zu entscheiden, wie er es unmittelbar vor Anhängigmachung der Scheidungsklage getan hätte mit der Folge, dass der Eheschutzentscheid im Rahmen seiner Rechtskraft für den Massnahmerichter verbindlich ist (vgl. den erwähnten BGE 138 III 646 [Pra 102 (2013) Nr. 34]).

Unerheblich ist dabei, dass sich die Kriterien für die Zusprechung von Unterhalt im Eheschutz- und im Massnahmeverfahren unterscheiden können. So sind nach Einreichung des Scheidungsbegehrens, wenn der Sache nach feststeht, dass mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr ernsthaft zu rechnen ist, auch die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien zu berücksichtigen (BGE 137 III 385 E. 3.1 [Pra 101 (2012) Nr. 4]). Dennoch ist in beiden Verfahren an eine einheitliche prozessuale und materiellrechtliche Grundlage anzuknüpfen, weshalb das Massnahmegesuch nicht zuletzt aus diesem Grund als Abänderungsbegehren des ausstehenden Eheschutzentscheides zu behandeln ist.

5.a) Weiter ging die Vorinstanz – und mit ihr die Beklagte in ihrer Berufungsantwort (act. 9 Rz 16 ff.) – bei ihrer Begründung, sie selbst und das Bezirksgericht Willisau bzw. das Kantonsgericht Luzern würden den gleichen Sachverhalt beurteilen, was zu sich widersprechenden Urteilen führe, von der Berücksichtigung sämtlicher Tatsachen durch den Eheschutzrichter bis zur Urteilsfällung aus. Dabei nahm sie selbstredend an, dass der Eheschutzrichter ihren Standpunkt teilt (act. 5 S. 17 f.). Diese Argumentation greift nicht.

Aus der zeitlichen Zuständigkeitsspaltung gemäss Art. 276 Abs. 2 ZPO folgt nach hier vertretener Auffassung auch dann, wenn im Scheidungsverfahren vor Abschluss des Eheschutz- oder Abänderungsverfahrens ein Massnahmegesuch gestellt wurde und damit ein Zuständigkeitskonflikt vorliegt, eine beschränkte Überprüfungsbefugnis des Eheschutzrichters auf vor Rechtshängigkeit der Scheidung entstandene Tatsachen (so Zogg, a.a.O., S. 57, vgl. auch act. 2 S. 7 und oben E. II. 3. und 4.c). Das mit der Abänderung befasste Gericht darf demnach in seinem ausstehenden Entscheid nur bis zum 3. Dezember 2018 verwirklichte Tatsachen berücksichtigen, während alle ab diesem Zeitpunkt eingetretenen Umstände vom Massnahmerichter zu behandeln sind. Dies bedeutet, dass der Eheschutz- und der Massnahmerichter in zeitlicher Hinsicht nicht denselben Lebenssachverhalt und damit einen unterschiedlichen Streitgegenstand zu beurteilen haben (ZK ZPO-Zürcher, 3. A., Art. 59 N 30 ff.). Insoweit handelt es sich um voneinander losgelöste Verfahren (vgl. act. 2 S. 9). Entgegen den Ausführungen der

Vorinstanz und der Beklagten (act. 5 S. 17 f., act. 9 Rz 16 ff.) liegt demzufolge keine Litispendenz vor, die nach Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO zum Nichteintreten auf das Massnahmegesuch führen würde. Weiterungen zur Frage, welche Tatsachen der Kläger – nach Ansicht der Beklagten im Widerspruch zum von ihm selbst vertretenen Konzept der Zuständigkeitsspaltung (act. 9 Rz 13 und 17 ff.) – in welchem Verfahren geltend macht, erübrigen sich hier; dies wird Gegenstand der materiellen Beurteilung sein.

b) Folgt das Kantonsgericht Luzern der Ansicht der Kammer und lässt neue Tatsachen nur bis zur Rechtshängigkeit der Scheidung zu, so ergäbe sich im Fall des Nichteintretens auf das Massnahmegesuch eine Rechtsschutzlücke zulasten des Klägers. Dieser hätte bei Vorliegen des Entscheides des Abänderungsgerichtes bei der Vorinstanz ein neues Gesuch zu stellen. Grundsätzlich können im Massnahmeverfahren kraft Verweises in Art. 276 Abs. 1 ZPO auf Art. 173 Abs. 3 ZGB Unterhaltsansprüche für die Zukunft sowie rückwirkend für die Zeit eines Jahres vor Einreichung des Begehrens gefordert werden. Liegt aber ein Eheschutzentscheid vor bzw. ist ein Eheschutzverfahren hängig, findet keine Rückwirkung statt (BGE 129 III 60 E. 3). Somit ginge der Kläger für die Zeitspanne vom 3. Dezember 2018 bis zur Rechtskraft des neuen Massnahmeentscheides bzw. – sofern begehrt – rückwirkend per Einreichung des neuen Begehrens (BGer 5A_274/2015 E. 3.5 mit Hinweisen) seines allfälligen Anspruches auf Abänderung verlustig. Anders als von der Beklagten ausgeführt, hat der Kläger damit durchaus ein Interesse an der Beurteilung seines Begehrens (act. 9 Rz 21 f.). Deshalb ist in der vorliegenden Konstellation, in welcher der Massnahmerichter Kenntnis vom hängigen Eheschutzverfahren hat, das Massnahmeverfahren bis zum Entscheid des Eheschutzrichters zu sistieren (Zogg, a.a.O., S. 57 f.). Zwar droht dem Kläger – falls denn ein Abänderungsgrund gegeben ist – auch in diesem Fall eine Rechtsschutzlücke vom 3. Dezember 2018 bis zur Gesuchstellung am 6. Mai 2019, welche er aber mit der Wahl des Eingabezeitpunktes selbst verursachte. Sie würde mit einem Nichteintretensentscheid denn auch nicht verhindert, sondern wie erwogen gar vergrössert.

6.a) Die von der Vorinstanz und der Beklagten vertretene Auffassung, die Beschränkung des Eheschutzrichters bei der Sachverhaltsabklärung auf bis zum 3. Dezember 2018 eingetretene Tatsachen verstosse gegen die in Kinderbelangen geltende Untersuchungs- und Officialmaxime (act. 5 S. 16 und 18, act. 9 Rz 25 ff.), überzeugt schliesslich nicht. So sind die anzuwendenden Verfahrensgrundsätze nicht mit den sich im Zusammenhang mit der gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeitsspaltung von Art. 276 ZPO stellenden Fragen zu vermischen. Auch in Verfahren mit Untersuchungs- und Officialmaxime gibt es eine Novenschranke, die grundsätzlich mit der Urteilsberatung fällt (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung entspricht die "Urteilsberatung" der Phase des Prozesses, die nach dem Schluss der "Hauptverhandlung" eintritt (BGE 138 III 788 [Pra 102 (2013) Nr. 53]). Wann das Urteil tatsächlich von der Gerichtsbesetzung beraten und gefällt wird, ist danach unerheblich. Damit sprechen der Untersuchungs- und der Officialgrundsatz nicht von vornherein gegen eine Beschränkung des Novenrechts. Vorliegend fällt die Novenschranke indes nicht auf den Zeitpunkt der "Urteilsberatung", sondern nach Art. 276 Abs. 2 ZPO auf die Anhängigmachung der Scheidungsklage. Inwiefern die Errichtung dieser Schranke mittels Klageerhebung zum prozesstaktischen Mittel werden soll (act. 5 S. 16), ist nach dem Gesagten nicht ersichtlich. Die Bestimmung von Art. 276 Abs. 2 ZPO zieht eine Verschiebung der Überprüfungsbefugnis des Eheschutzrichters auf einen vor der Urteilsfällung bzw. Urteilsberatung liegenden Zeitpunkt nach sich. Dies kann das Bedürfnis nach Abänderung des (ausstehenden) Eheschutzentscheides erhöhen, führt aber nicht zur Aushebelung der geltenden Verfahrensgrundsätze.

b) Die Vorinstanz führte ferner prozessökonomische Gründe für die Berücksichtigung sämtlicher Tatsachen durch den Eheschutzrichter bis zur Urteilsfällung an. Wäre dem nicht so, würden die Parteien nach vorinstanzlicher Ansicht bei einem Rückzug oder einer Abweisung der Scheidungsklage zu einem weiteren Verfahren gezwungen (act. 5 S. 17). Wie es sich im Falle eines Rückzuges der Scheidungsklage mit einem noch hängigen Massnahmegesuch verhält, ist nicht abschliessend zu entscheiden, da die Scheidungsklage beim Bezirksgericht

Horgen nach wie vor hängig ist (vgl. zur Problematik BGer 5A_778/2012 vom 24. Januar 2013 und Zogg, a.a.O., S. 59 f.).

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das Massnahmeverfahren bis zum Entscheid des Kantonsgerichtes Luzern bzw. im Falle einer erneuten Rückweisung bis zum Entscheid des Bezirksgerichtes Willisau zu sistieren haben wird, um hernach zu beurteilen, ob sich die massgeblichen Verhältnisse seit dem Abänderungsentscheid wesentlich und dauerhaft verändert haben. Entgegen dem Antrag des Klägers kann bei einem Zuständigkeitskonflikt gemäss Art. 276 Abs. 2 ZPO vernünftigerweise nicht über das Massnahmegesuch entschieden werden, bevor der Eheschutzentscheid, den es abzuändern gilt, vorliegt. Ebenso wenig erweist sich aber in dieser Konstellation ein Nichteintretensentscheid als sachgerecht.

Demzufolge ist die Berufung insoweit gutzuheissen, als der Nichteintretensentscheid aufzuheben ist. Die Sache ist im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche das Massnahmeverfahren bis zum Vorliegen des rechtskräftigen Eheschutzentscheides zu sistieren haben wird.

III.

1.a) Zwar ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da mit dem vorliegenden Urteil die gesonderte Frage, wie ein im Scheidungsverfahren gestelltes Massnahmegesuch während eines hängigen Eheschutzverfahrens zu behandeln ist, abschliessend beurteilt wird, sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens definitiv festzusetzen und zu verteilen (ZK ZPO-Jenny, 3. A., Art. 104 N 11; BK ZPO-Sterchi, Art. 104 N 14 ff.).

Hat keine Partei vollständig obsiegt, sind die Prozesskosten gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen. Der Kläger obsiegt insoweit, als der Nichteintretensentscheid aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Diese kann das Verfahren jedoch derzeit nicht fortführen, sondern hat – im Sinne des Eventualantrages der Beklagten – mit der materiellen Behandlung des Massnahmegesuches bis zum Vorliegen des

Eheschutzentscheidendes zuzuwarten. Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Entsprechend sind die Parteientschädigungen wettzuschlagen.

b) Grundlage für die Festsetzung der Entscheidgebühr bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichtes und die Schwierigkeit des Falles (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Mit der beantragten Rückweisung zwecks Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge betrifft die Berufung eine vermögensrechtliche Streitigkeit, auch wenn nur der Teilaspekt der Zuständigkeitsabgrenzung von Eheschutz- und Massnahmenrichter zu beurteilen ist. Bei Annahme, das Scheidungsverfahren werde angesichts des bisherigen Verlaufes insgesamt drei Jahre, also bis Ende 2021, dauern, ist unter Berücksichtigung der beantragten Herabsetzung des Kinderunterhaltes ab 1. August 2019 von einem Streitwert von Fr. 99'325.– auszugehen (August 2019 bis Dezember 2021: Differenz zwischen den zugesprochenen Fr. 1'225.– für C._____ und D._____ bzw. Fr. 1'215.– für E._____ und den beantragten Fr. 80.– pro Kind [2 x Fr. 1'145.– plus Fr. 1'135.– = Fr. 3'425.–] x 29 Monate). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG resultiert eine Grundgebühr von Fr. 8'723.–. Da die Sache nicht materiell zu beurteilen ist und es sich um wiederkehrende Leistungen handelt, ist die Gebühr nach § 4 Abs. 2 und 3 GebV zu ermässigen. Nach einer weiteren Reduktion gemäss § 8 Abs. 1 GebV für das summarische Verfahren rechtfertigt sich eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'200.–.

2.a) Beide Parteien stellen im Berufungsverfahren den Antrag, es sei die Gegenpartei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'000.– zu verpflichten. Eventualiter ersuchen sie um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um Bestellung ihrer Rechtsvertreter als unentgeltliche Rechtsbeistände (act. 2 S. 2f., act. 9 S. 2). Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist gegenüber anderweitiger Prozessfinanzierung namentlich aus Familienrecht subsidiär. Die familienrechtlichen Beistands- und Unterhaltspflichten von Art. 159 Abs. 3 und 163 Abs. 1 ZGB sowie Art. 276 und 277 Abs. 2 ZGB umfassen auch Prozesskosten und Rechtsvertretung sowohl in Prozessen gegeneinander als auch gegen Dritte (ZK ZPO-Emmel, 3. A., Art. 117 N 5).

Vorab kann auf die allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz zum Prozesskostenvorschuss verwiesen werden (act. 5 S. 25). Beide Parteien gehen davon aus, dass die jeweils andere Seite zur Leistung des Prozesskostenvorschusses nicht in der Lage ist (act. 2 S. 13, act. 9 Rz 29). Gemäss Angaben des Klägers haben sich seine finanziellen Verhältnisse seit dem Massnahmegesuch nicht wesentlich verändert bzw. erheblich verschlechtert, da die Beklagte die Gemeinde mit dem Inkasso der Unterhaltsbeiträge beauftragt habe und rückständige Unterhaltszahlungen von Fr. 15'011.85 fordere. Weiter sei er, nachdem das Kantonsgericht Luzern der Berufung nur teilweise aufschiebende Wirkung erteilt habe, derzeit nach wie vor zur Leistung von monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 2'240.– verpflichtet (act. 2 S. 11 ff.). Auch die wirtschaftliche Lage der Beklagten habe sich nicht verändert. Sie werde vom Sozialamt unterstützt. Weder erziele sie ein eigenes Einkommen noch habe sie relevantes Vermögen (act. 9 Rz 28). Diese Vorbringen werden durch die eingereichten Unterlagen untermauert (act. 3/3-5, act. 4/53 S. 25 f., act. 10/3-4). Mit der Vorinstanz ist deshalb von der Mittellosigkeit beider Parteien auszugehen, weshalb die Gesuche um Leistung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen sind.

b) Nach Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn die erforderlichen Mittel zur Begleichung der Prozesskosten neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und die Familie nicht aufgebracht werden können und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist zusätzlich zu prüfen, ob die betreffende Person auf rechtskundige Unterstützung angewiesen sein muss (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

Die Bedürftigkeit beider Parteien ist wie gesehen zu bejahen. Die Rechtsbegehren der Parteien im Berufungsverfahren waren im Übrigen offensichtlich nicht aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO. In Anbetracht des nicht leicht überschaubaren Sachverhaltes und der sich stellenden komplexen Fragen prozessualer Natur erscheint die Bestellung einer rechtskundigen Vertretung als sachlich geboten. Damit ist dem Gesuch beider Parteien um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters

stattzugeben. Es ist ihnen in der Person ihrer Vertreter eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bzw. ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die Beklagte jedoch nicht von der Bezahlung der Parteientschädigung an den Kläger (Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO).

c) Die Kosten des Berufungsverfahrens sind somit einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Parteien sind auf die Bestimmung von Art. 123 Abs. 1 ZPO hinzuweisen, wonach sie zur Nachzahlung der Kosten verpflichtet sind, sobald sie dazu in der Lage sind. Über die Entschädigungen für die unentgeltlichen Rechtsvertreter aus der Gerichtskasse wird nach Eingang ihrer Aufstellungen i.S.v. § 23 Abs. 2 AnwGebV zu entscheiden sein.

Es wird beschlossen:

1. Beiden Parteien wird für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Dem Kläger wird Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Der Beklagten wird Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Mitteilung und Rechtsmittel richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. September 2019 aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'200.– festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der beiden Parteien ge-

währten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

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

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG im Rahmen eines Verfahrens über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 99'325.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: