

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170033-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

Beschluss und Urteil vom 30. Oktober 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 27. April 2017 (EE160105-D)

**Massnahmeentscheid des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am
Bezirksgericht Dielsdorf vom 27. April 2017 (Urk. 2 = Urk. 6/34):**

1. C._____, geboren am tt.mm.2008, und D._____, geboren am tt.mm.2010, werden einstweilen für die Dauer des Verfahrens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
2. Die Parteien regeln den persönlichen Verkehr einstweilen von Fall zu Fall selbst. Im Streitfall gilt Folgendes:

Der Gesuchsgegner ist berechtigt und wird verpflichtet, die Kinder einstweilen für die Dauer des Verfahrens wie folgt auf eigene Kosten zu betreuen:
 - jedes zweite Wochenende ab Freitag nach Schulschluss bis Sonntagabend, 18.00 Uhr;
 - jeden Dienstag nach Schulschluss bis zum Schulbeginn am darauffolgenden Mittwochmorgen;
 - in den Sommerferien 2017 während der ersten zwei Ferienwochen.
3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet der Gesuchstellerin für sich und die gemeinsamen Kinder einstweilen für die Dauer des Verfahrens einen monatlichen Gesamtunterhaltsbeitrag von Fr. 3'060.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats. Dieser monatliche Gesamtunterhaltsbeitrag gilt, solange die Gesuchstellerin ein Erwerbseinkommen erzielt, längstens jedoch bis und mit Juni 2017. Danach erhöht sich der monatliche Gesamtunterhaltsbeitrag einstweilen auf Fr. 4'000.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen).
4. Ferner wird der Gesuchsgegner verpflichtet, jeweils auf Vorlage der entsprechenden Rechnungen einstweilen für die Dauer des Verfahrens die folgenden Kosten zu übernehmen:
 - monatlichen Krankenkassenprämien (inkl. VVG) der Gesuchstellerin und der gemeinsamen Kinder;
 - allfällige ausserordentliche Gesundheitskosten;

- Kosten der bisherigen Hobbies der gemeinsamen Kinder.
- 5. Die Regelung der Kosten des vorliegenden Entscheids über vorsorgliche Massnahmen erfolgt mit dem Endentscheid in der Hauptsache.
- 6. (Schriftliche Mitteilung)
- 7./8. (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

I. des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Ziff. 3 der Verfügung des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 27. April 2017 aufzuheben und es sei der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten, rückwirkend ab dem 1. Januar 2017 für die Dauer des Eheschutzverfahrens, einen monatlichen im Voraus zahlbaren Gesamtunterhaltsbeitrag von CHF 3'060.00, **inkl.** allfälliger gesetzlicher und vertraglicher Familienzulagen sowie ab dem 1. Juni 2017 für die Dauer des Eheschutzverfahrens in der Höhe von CHF 4'000.00, **inkl.** allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen zu bezahlen;
2. Es sei die Ziff. 2 der Verfügung des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 27. April 2017 Abs. 2 wie folgt zu ergänzen:
Es sei der Berufungskläger zu berechtigen und zu verpflichten, die Kinder einstweilen für die Dauer des Eheschutzverfahrens die erste Woche der Herbstferien 2017 sowie die zweite Woche der Weihnachtsferien 2017/2018 zu betreuen;
3. Es seien die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen und es sei dem Berufungskläger für seine prozessualen Umtriebe eine angemessene Entschädigung (zuzüglich Mehrwertsteuern und Barauslagen [recte: Barauslagen]) aus der Staatskasse zu entrichten;
4. Eventualiter seien die Kosten des Verfahrens des Berufungsverfahrens der Berufungsbeklagten aufzuerlegen und es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger eine angemessene Prozessentschädigung (zzgl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen."

II. der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 12 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, resp. es sei nicht darauf einzutreten.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen - zuzüglich Mehrwertsteuer - zu Lasten des Berufungsklägers.
3. Eventualantrag: Der Berufungskläger sei zu verpflichten der Berufungsbeklagten einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'000.- zu bezahlen.

Subeventualiter sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in meiner Person eine unentgeltliche Rechtsvertretung beizugeben."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder, C._____, geboren am tt.mm.2008, und D._____, geboren am tt.mm.2010. Mit Eingabe vom 14. Dezember 2016 machte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) ein Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 6/1). Am 17. März 2017 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. I. S. 2 ff.). Anlässlich dieser Verhandlung wurde den Parteien in Aussicht gestellt, dass eine Institution mit der Abklärung der Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin und der Therapiebedürftigkeit der Kinder beauftragt und im Anschluss daran die Fortsetzung der Hauptverhandlung stattfinden werde. Obschon weder die Gesuchstellerin noch der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) Anträge auf den Erlass von vorsorglichen Massnahmen gestellt hatten (vgl. Prot. I. S. 2 ff.; Urk. 6/12/1; Urk. 6/15), wurde den Parteien zudem angekündigt, dass ihnen ein Vereinbarungsvorschlag betreffend vorsorgliche Massnahmen zugestellt werde (Prot. I. S. 17). Die Vorinstanz liess den Parteien in der Folge einen Vereinbarungsvorschlag betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfahrens unter Ansetzung einer Frist zur Unterzeichnung bis zum 29. März 2017 zukommen (Urk. 6/18/1-3). Mit Eingabe vom 29. März 2017 nahm der Gesuchsgegner zum Vereinbarungsvorschlag Stellung, reichte aber keine unterzeichnete Vereinbarung ein (vgl. Urk. 6/24). Die Gesuchstellerin erstattete innert der - erstreckten (vgl. Urk. 6/26) - Frist am 6. April 2017 ebenfalls lediglich eine Stellungnahme

zur Vereinbarung sowie zur Eingabe des Gesuchsgegners (Urk. 6/27/1). Am 27. April 2017 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Urk. 6/34 = Urk. 2).

2. Dagegen erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 22. Mai 2017 innert Frist Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 1). Den mit Verfügung vom 7. Juni 2017 (Urk. 7) einverlangten Kostenvorschuss über Fr. 3'000.– leistete der Gesuchsgegner fristgerecht (vgl. Urk. 9). In der Folge wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 5. Juli 2017 (Urk. 11) Frist zur Berufungsantwort angesetzt, welche rechtzeitig am 14. Juli 2017 mit den eingangs erwähnten Anträgen erstattet wurde (Urk. 12). Mit Verfügung vom 7. August 2017 (Urk. 16) wurde die Berufungsantwort dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt. Der Gesuchsgegner nahm daraufhin mit Eingabe vom 24. August 2017 sein Replikrecht wahr (Urk. 17). Diese Eingabe des Gesuchsgegners wurde am 25. August 2017 der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 17). Am 31. August 2017 reichte die Gesuchstellerin ihrerseits unaufgefordert eine Stellungnahme (Urk. 21) und weitere Unterlagen (Urk. 23/10-11) ein, welche dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt wurden.

II.

1. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen unterliegen grundsätzlich der Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten gilt es das Streitwerterfordernis von Art. 308 Abs. 2 ZPO zu beachten; nicht vermögensrechtliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mangels Streitwert uneingeschränkt berufungsfähig (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 308 N 35; *OGer ZH RE160014 vom 18.11.2016, E. 2.2*). Massgebend sind dabei die zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren und nicht etwa, was vor der Berufungsinstanz noch im Streit liegen wird (*OGer ZH LE130048 vom 21.10.2013, E. 2*). Die von der Vorinstanz erlassenen vorsorglichen Massnahmen betrafen insbesondere auch die Zuteilung der elterlichen Obhut über die beiden gemeinsamen Kinder der Parteien sowie die Regelung des persönlichen Ver-

kehrs. Dabei handelt es sich klarerweise um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 12 S. 2 f.) ist insofern nicht entscheidend, dass der Gesuchsgegner in Bezug auf die Unterhaltsbeiträge mit seiner Berufung einzig eine Reduktion von Fr. 400.– verlangt, was ausgehend von einer Verfahrensdauer von einem Jahr einen Streitwert von weniger als Fr. 10'000.– ergäbe. Auf die rechtzeitig, schriftlich und begründet eingereichte Berufung (Urk. 1; vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist einzutreten.

2. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Unangefochten blieben die Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 5 des vorinstanzlichen Entscheids, weshalb diese in Rechtskraft erwachsen sind. Dies ist vorzumerken. Der Berufungsantrag Ziffer 1 des Gesuchsgegners lautet im Weiteren auf Festsetzung von Gesamtunterhaltsbeiträgen von Fr. 3'060.– bzw. Fr. 4'000.– inklusive allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen anstatt - wie von der Vorinstanz verfügt - exklusive allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen. Die Kinderzulagen für die beiden Kinder betragen derzeit insgesamt Fr. 400.– (vgl. Urk. 6/10/10-11) und werden sich - in Anbetracht des Alters der Kinder - in ihrer Höhe zumindest für die Dauer des Eheschutzverfahrens nicht verändern (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 FamZG). Der Gesuchsgegner bringt somit mit diesem Berufungsantrag zum Ausdruck, dass er Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheides insofern nicht anfechtet, als er damit verpflichtet wurde, für die Gesuchstellerin und die beiden Kinder für die Dauer des Verfahrens, solange die Gesuchstellerin ein Erwerbseinkommen erzielt, längstens jedoch bis und mit Juni 2017, einen monatlichen Gesamtunterhaltsbeitrag von Fr. 2'660.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) und hernach einen monatlichen Gesamtunterhaltsbeitrag von Fr. 3'600.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu bezahlen (Urk. 1 S. 2 ff. und 8). In diesem Umfang ist Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung ebenfalls in Teilrechtskraft erwachsen. Bezüglich des Ehegattenunterhalts wird das Eheschutzverfahren nämlich vom Dispositionsgrundsatz und somit vorliegend durch die Anträge des Gesuchsgegners bestimmt (Art. 58 Abs. 1 ZPO; *OGer ZH LE160007 vom 20.12.2016, E. II.1*; *OGer ZH LE150058 vom 24.03.2016, E. II.5.2*; *OGer ZH LE140002 vom*

04.06.2014, E. II.2). In Bezug auf die im Gesamtunterhaltsbeitrag ebenfalls enthaltenen Kinderunterhaltsbeiträge bleibt anzumerken, dass der Grundsatz, wonach es in der Disposition der Parteien steht, ob ein Rechtsmittel ergriffen werden soll und in welchem Umfang, nach der Rechtsprechung auch im Geltungsbereich der *Offizialmaxime* gilt (vgl. BGE 137 III 617 E. 4.5.3). Auch wenn die erkennende Kammer über die Festlegung des Kindesunterhalts ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO), kann sie hierbei folglich nicht über den durch die Parteianträge festgelegten Streitgegenstand hinausgehen (BGer 5A_90/2017 vom 24. August 2017, E. 11.2).

III.

A. Besuchsrecht

1. Die Vorinstanz erklärte den Gesuchsgegner für berechtigt, die Kinder C._____ und D._____ für die Dauer des Verfahrens jedes zweite Wochenende ab Freitag nach Schulschluss bis Sonntagabend, 18:00 Uhr, jeden Dienstag nach Schulschluss bis zum Schulbeginn am darauffolgenden Mittwochmorgen und in den Sommerferien 2017 während den ersten zwei Ferienwochen zu betreuen (Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 2). Sie erwog, der Gesuchsgegner habe die Kinder vor als auch nach der Trennung der Parteien regelmässig betreut. Ferner habe er überzeugend dargetan, dass seine Berufs- und Wohnsituation eine regelmässige persönliche Betreuung der Kinder zulasse bzw. begünstige. Er sei in der Planung seines beruflichen Alltags weitgehend flexibel und könne diese problemlos an die Bedürfnisse der Kinder anpassen. Ebenso habe er bewusst eine Wohnung bezogen, welche örtlich sehr nahe an der ehelichen Wohnung liege und zudem den Bedürfnissen der beiden minderjährigen Kinder entspreche. Es sei derzeit nicht ersichtlich und von der Gesuchstellerin auch nicht dargetan, weshalb von einer Übernachtung der Kinder einmal pro Woche beim Gesuchsgegner abgesehen werden sollte. Dies insbesondere angesichts dessen, dass sich die Gesuchstellerin damit einverstanden erklärt habe, dass die Kinder jedes zweite Wochenende beim Gesuchsgegner verbringen, was zwei Übernachtungen mit sich bringe. In-

folgedessen rechtfertige es sich, bei der Festsetzung des Betreuungsrechts des Gesuchsgegners weitgehend seinen Vorbringen zu folgen. Ausgenommen hiervon sei allerdings die von ihm unbegründet geforderte Verlängerung der Wochenendbetreuung bis Montagmorgen. Zudem sei darauf zu verzichten, bereits heute die Herbst- und Weihnachtsferien 2017 zu regeln (Urk. 2 E. III.2.1.4).

2. Der Gesuchsgegner beantragt berufsungsweise, Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung sei dahingehend zu ergänzen, dass er zu berechtigen sei, die Kinder einstweilen für die Dauer des Eheschutzverfahrens die erste Woche der Herbstferien 2017 sowie die zweite Woche der Weihnachtsferien 2017/2018 zu betreuen (Urk. 1 S. 2). Nachdem das Gutachten frühestens innert fünf Monaten seit der Auftragserteilung vorliegen werde, erachte er es als wichtig, dass wenn schon ein Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen vorliege, die Herbst- und Weihnachtsferien geregelt würden. Bereits mit Schreiben vom 29. März 2017 habe er gegenüber der Vorinstanz festgehalten, dass er, wenn möglich, die erste Woche der Herbstferien 2017 sowie die zweite Woche der Weihnachtsferien 2017/2018 mit den Kindern verbringen wolle (Urk. 1 S. 11).

3. Zunächst ist festzuhalten, dass sich eine Regelung der Herbstferien 2017 im heutigen Zeitpunkt als obsolet erweist. Im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen ist sodann vorliegend von der Festlegung eines Ferienbesuchsrechts abzu- sehen, da ein Ferienbesuchsrecht nicht dringend notwendig erscheint, um die Beziehung zwischen dem Gesuchsgegner und den beiden Kindern zu erhalten (vgl. *OGer ZHLE110060 vom 06.12.2011, E. II.8*). Vielmehr reichen hierzu die wöchentlichen Besuchskontakte aus. Der vorinstanzliche Gutachtensauftrag datiert zudem vom 31. Mai 2017 (Urk. 14/1). Zur Erstellung des Gutachtens wurde lic. phil. I E. _____, ... AG, Frist bis spätestens 31. Oktober 2017 angesetzt. Somit wird das in Auftrag gegebene Gutachten in Bälde vorliegen (falls es nicht bereits vorliegt) und die Vorderrichterin kann sodann in der Hauptsache weiterfahren. Es ist insofern davon auszugehen, dass innerhalb der nächsten Monate ein vollstreckbarer Entscheid im Eheschutzverfahren vorliegen wird, so dass die vorliegende Regelung nur für eine verhältnismässig kurze Zeit von praktischer Bedeutung sein wird. Eine Regelung hinsichtlich der anstehenden Weihnachtsfeiertage

drängt sich im Übrigen auch deshalb nicht auf, da davon auszugehen ist, dass die Parteien in der Lage sind, unter Mitwirkung ihrer Rechtsvertreter, einvernehmlich eine entsprechende Regelung zu treffen. Dies ist - wie von beiden Parteien vor Vorinstanz bzw. im Berufungsverfahren ausgeführt (vgl. Urk. 12 S. 8 und 11; Urk. 6/15 S. 29) und durch den im Recht liegenden E-Mailverkehr (Urk. 19/20) auch belegt wurde - in der Vergangenheit bereits gelungen. Da kein Ferienbesuchsrecht festzulegen ist, erübrigt sich ohnehin auch die vom Gesuchsgegner in seiner Eingabe vom 24. August 2017 (Urk. 17 S. 4) beantragte Herausgabe der Reisepässe bzw. ID-Karten der Kinder. Dass die entsprechenden Dokumente für die Besuchsrechtswochenenden erforderlich sein sollten, ist zudem weder ersichtlich noch wurde dies vom Gesuchsgegner substantiiert vorgebracht. Die Frage, ob die Voraussetzungen für die Stellung eines neuen Antrags (Klageänderung) im Berufungsverfahren gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO überhaupt erfüllt sind, kann daher offen gelassen werden. Insgesamt bleibt es somit bei der sachgerechten Besuchsrechtsregelung der Vorinstanz.

B. Unterhaltsbeiträge

1. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner im angefochtenen Entscheid, für die Dauer des Verfahrens für die Gesuchstellerin und die beiden Kinder, solange die Gesuchstellerin ein Erwerbseinkommen erzielt (längstens jedoch bis und mit Juni 2017), einen monatlichen Gesamtunterhaltsbeitrag von Fr. 3'060.- (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) und hernach einen monatlichen Gesamtunterhaltsbeitrag von Fr. 4'000.- (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu bezahlen (Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 3).

2. Der Gesuchsgegner verlangt mit seiner Berufung eine Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge dahingehend, als er zu verpflichten sei, die von der Vorinstanz verfügten Gesamtunterhaltsbeiträge von Fr. 3'060.- bzw. Fr. 4'060.- inklusive allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen anstatt exklusive allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen zu bezahlen. Er macht im Wesentlichen geltend, die von der Vorinstanz getroffene Unterhaltsregelung greife in sein Existenzminimum ein. Das vorhandene Manko sei von der Gesuchstellerin

zu tragen. Er habe bereits mit seiner Stellungnahme vom 29. März 2017 zuhanden der Vorinstanz darauf hingewiesen, dass er bereit sei, die von ihm beantragten respektive von der Vorinstanz in ihrem Vorschlag für eine Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgesehenen Unterhaltsbeiträge inklusive Kinderzulagen statt exklusive Kinderzulagen zu bezahlen. Seine Leistungsfähigkeit sei damit erschöpft, was für die Vorinstanz erkennbar gewesen sei (Urk. 1 S. 3 ff.).

3.1. Die Vorinstanz hält die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren für zulässig. Im Grundsatz erscheint diese Rechtsauffassung mit Blick auf Art. 271 ZPO i.V.m. Art. 261 ff. ZPO vertretbar und wird denn auch in der Literatur von namhaften Autoren mit überzeugenden Argumenten befürwortet (vgl. Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 14 mit weiteren Hinweisen). Indes sind im Eheschutz vorsorglich angeordnete Geldzahlungen aus folgenden Überlegungen ausgeschlossen: Die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen richten sich nach Art. 261 ff. ZPO. Bezüglich deren Inhalts enthält Art. 262 ZPO eine Generalklausel - im Eheschutzverfahren eingeschränkt durch Art. 172 Abs. 3 ZGB - und führt einzelne Massnahmen exemplarisch auf (Art. 262 lit. a bis e ZPO). Ausdrücklich erwähnt ist die Leistung einer Geldzahlung indes nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 262 lit. e ZPO). Eine solche Regelung findet sich im Gesetz für das Scheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) und bei Unterhaltsklagen (Art. 303 ZPO), nicht aber für das Eheschutzverfahren (Art. 271 ff. ZPO). Aus den Materialien zur Schweizerischen Zivilprozessordnung erhellt, dass der Gesetzgeber bewusst von einer allgemeinen Einführung vorsorglicher Akonto-Zahlungen abgesehen hat (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7355). Folglich handelt es sich bei der fehlenden Bestimmung zu vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren nicht um eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des Gesetzes (vgl. BK-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N 344; BSK ZGB I-Honsell, Art. 1 N 27), sondern um qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers. Entsprechend bleibt für richterliche Lückenfüllung und analoge Gesetzesanwendung kein Raum. Die vorsorgliche Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren mag daher bei langer Verfahrensdauer aus praktischer Sicht

wünschbar erscheinen, ist jedoch aus rechtlichen Erwägungen unzulässig (vgl. *OGer ZH LE110069 vom 08.02.2012, E. 2.4.2; OGer ZH LE130032 vom 02.07.2013, E. II.3.2; OGer ZH LE130066 vom 05.04.2014, E. 4; OGer ZH LE150003 vom 27.03.2015, E. II.5; OGer ZH LE160012 vom 15.11.2016, E. III.4; OGer ZH LE160038 vom 07.09.2016, E. C.6).*

3.2. Nach dem vorstehend Gesagten fehlt es im Eheschutzverfahren an einer gesetzlichen Grundlage für die vorsorgliche Anordnung von Geldzahlungen in Form von persönlichem Unterhalt sowie von Kinderunterhalt. Entgegen der Vorinstanz ist somit im Eheschutzverfahren nach der gefestigten Praxis der Kammer eine auf Geldzahlung gerichtete vorsorgliche Massnahme grundsätzlich nicht möglich. Daher entfällt die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners, soweit Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung nicht in Rechtskraft erwachsen ist.

IV.

A. Entscheidegebühr und Parteientschädigung

1.1. Die Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

1.2. Im Berufungsverfahren umstritten waren die Unterhaltsleistungen des Gesuchsgegners an die Gesuchstellerin und die beiden Kinder, die Regelung des Besuchsrechts sowie die Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags (vgl. nachstehend E. IV.B). Der Unterhaltsstreit sowie die Regelung des Besuchsrechts sind mit je 40%, der Prozesskostenbeitrag mit 20% zu gewichten. Gemäss ständiger Praxis der erkennenden Kammer sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf die Kinderbelange (mit Ausnahme der Kinderunterhaltsbeiträge) - unabhängig vom Verfahrensausgang - den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antrag-

stellung hatten (vgl. ZR 84 Nr. 41). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen mit Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge richtet sich demgegenüber nach Obsiegen und Unterliegen.

1.3 Nach dem Gesagten sind die Parteien mit Bezug auf die Regelung des Besuchsrechts je zur Hälfte als obsiegende Partei zu betrachten. Der Gesuchsgegner obsiegt in Bezug auf die Unterhaltsfrage vollumfänglich, die Gesuchstellerin hinsichtlich des Prozesskostenbeitrages. Gesamthaft betrachtet, ist von einem Obsiegen des Gesuchsgegners im vorliegenden Berufungsverfahren von 3/5 auszugehen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind daher dem Gesuchsgegner zu 2/5 und der Gesuchstellerin zu 3/5 aufzuerlegen.

2. Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht nach den Tarifen im Sinne von Art. 96 ZPO eine Parteientschädigung zu und verlegt diese in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Die für die Festsetzung der Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV). Die volle Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 2'000.– festzusetzen. In Anbetracht des Verfahrensausgangs ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine auf 1/5 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 400.– zuzüglich 8% MwSt. (vgl. Urk. 1 S. 2), mithin Fr. 432.–, zu bezahlen.

B. Prozesskostenbeitrag / unentgeltliche Rechtspflege

1. Die Gesuchstellerin lässt für das Berufungsverfahren die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages im Umfang von Fr. 4'000.– beantragen. Eventualiter ersucht sie um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 12 S. 2 und 11 f.). Der Gesuchsgegner widersetzt sich diesem Antrag (Urk. 17 S. 6).

2.1. Bei der Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages sind die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO entwickelten Grundsätze analog anzuwenden (vgl. *OGer ZH LE130025 vom 19. August 2013, E.II.C.4.4*; *OGer ZH LE120025 vom 12. Juni 2012, E. V.1*). Es ist damit zunächst zu prüfen, ob die ansprechende Partei bedürftig und die angesprochene Partei

leistungsfähig ist. Massgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (Berufungs-)Entscheides (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 135; ZR 90/1991 Nr. 57). Die Beistandsbedürftigkeit ist zu bejahen, wenn die ansprechende Partei ohne unzumutbare Beeinträchtigung des angemessenen Lebensunterhalts nicht über eigene Mittel verfügen kann, um die Gerichts- und Anwaltskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen. Der ansprechenden Partei kann dabei aber eine gewisse Einschränkung der Lebensführung zugemutet werden. Zudem darf der Prozess nicht aussichtslos erscheinen. Als aussichtslos gelten nur Rechtsbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und darum kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 13).

2.2. Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin im heutigen Zeitpunkt ist ausgewiesen. Die ihr derzeit vom Gesuchsgegner ausgerichteten (Gesamt-)Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'600.– decken selbst den vom Gesuchsgegner im Berufungsverfahren anerkannten Bedarf der Gesuchstellerin und der beiden Kinder von Fr. 4'785.95 (Fr. 4'192.– + Fr. 593.95 [Krankenkassenprämien]) nicht (vgl. Urk. 1 S. 6). Über ein Erwerbseinkommen verfügt die Gesuchstellerin zurzeit nicht (Urk. 6/15 S. 34 und 37; Urk. 6/12/1 S. 17; Urk. 1 S. 4 f.). Auch auf Vermögensseite bestehen bei der Gesuchstellerin keine namhaften Aktiva, wie aus den von ihr eingereichten Kontoauszügen hervorgeht (Urk. 14/6-9). Sodann hat der Gesuchsgegner seine von der Gesuchstellerin behauptete Leistungsfähigkeit nicht bestritten (vgl. Urk. 17 S. 6). Wie aus dem der Steuererklärung 2016 angehängten Vermögensausweis der UBS (Urk. 17/44) hervorgeht, verfügt der Gesuchsgegner insbesondere über Aktien und Anlagestrategiefonds mit einem Marktwert per 31. Dezember 2016 von Fr. 83'046.– und damit über veräusserbare Wertschriften. In Anbetracht dessen erübrigen sich Bemerkungen dazu, ob der Gesuchsgegner einen Prozesskostenbeitrag auch aus seinem Einkommen finanzieren könnte. Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen. Nach den vorstehenden Erwägungen können die Anträge der Gesuchstellerin nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden. Die Gesuchstellerin war sodann auf eine Rechtsvertreterin angewiesen und der Gesuchsgegner ist eben-

falls anwaltlich vertreten (Art. 117 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages gestützt auf die eheliche Beistands- und Unterstützungspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB sind daher zu bejahen.

2.3. Die Anwaltskosten der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren sind mit Fr. 2'160.– (inkl. MwSt.) zu veranschlagen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Hinzu kommen die auf die Gesuchstellerin entfallenden Gerichtskosten von Fr. 1'800.– und die von der Gesuchstellerin an den Gesuchsgegner zu zahlende reduzierte Parteientschädigung von Fr. 432.–. Damit resultieren auf die Gesuchstellerin zukommende zu berücksichtigende Kosten von total Fr. 4'392.–. Mit Blick auf die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) kann der Gesuchstellerin insgesamt allerdings höchstens der beantragte Prozesskostenbeitrag in der Höhe von Fr. 4'000.– zugesprochen werden, welchen sich die Gesuchstellerin dereinst im Rahmen der scheidungs- und güterrechtlichen Auseinandersetzung anrechnen lassen muss (Six, Eheschutz, 2014, N 1.77).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 5 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 27. April 2017 in Rechtskraft erwachsen ist.

Es wird weiter vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziffer 3 der vorgenannten Verfügung insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als der Gesuchsgegner verpflichtet wurde, für die Gesuchstellerin und die beiden Kinder für die Dauer des Verfahrens, solange die Gesuchstellerin ein Erwerbseinkommen erzielt, längstens jedoch bis und mit Juni 2017, einen monatlichen Gesamtunterhaltsbeitrag von Fr. 2'660.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) und hernach einen monatlichen Gesamtunterhaltsbeitrag von Fr. 3'600.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu bezahlen.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Parteien regeln den persönlichen Verkehr einstweilen von Fall zu Fall selbst. Im Streitfall gilt Folgendes:

Der Gesuchsgegner ist berechtigt und wird verpflichtet, die Kinder einstweilen für die Dauer des Verfahrens wie folgt auf eigene Kosten zu betreuen:
 - jedes zweite Wochenende ab Freitag nach Schulschluss bis Sonntagabend, 18.00 Uhr;
 - jeden Dienstag nach Schulschluss bis zum Schulbeginn am darauffolgenden Mittwochmorgen;
 - in den Sommerferien 2017 während den ersten zwei Ferienwochen.
2. Die Unterhaltsverpflichtung des Gesuchsgegners gemäss Ziff. 3 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 27. April 2017 wird aufgehoben, soweit sie nicht in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'000.– zu bezahlen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner im Umfang von 2/5 und der Gesuchstellerin im Umfang von 3/5 auferlegt und mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 1'800.– zu ersetzen.
6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 432.– zu bezahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG 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, 30. Oktober 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:
sf