

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170002-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Beschluss und Urteil vom 14. März 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____

betreffend **Ehescheidung / vorsorgliche Massnahmen**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren
des Bezirksgerichtes Winterthur vom 21. Dezember 2016; Proz. FE150058**

Anträge im Verfahren um Abänderung von vorsorglichen Massnahmen:

Anträge des Klägers und Berufungsklägers vom 18. November 2016
(Prot. Vi S. 23 f.):

- " 1. In Abänderung des Eheschutzentscheides des hiesigen Gerichts vom 20. Dezember 2012, Dispositiv-Ziff. 4, sei der Sohn C._____, geboren am tt.mm.2009, für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens unter die Obhut des Klägers zu stellen.
2. Es sei unter Hinweis auf den Eheschutzentscheid vom 20. Dezember 2012, Dispositiv-Ziff. 5, davon Vormerk zu nehmen, dass die Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB mit Beschluss der KESB Winterthur/Andelfingen vom 23. August 2016 in eine Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB umgewandelt wurde, mit entsprechendem Auftrag an die ernannte Beiständin D._____ vom kjz Winterthur.
3. Es sei aufgrund eines differenzierten Fragenkatalogs über den Entwicklungsstand von C._____ ein kinderpsychologisches Gutachten einzuholen.
4. Es sei über die Erziehungsfähigkeit beider Parteien ein psychiatrisches-psychologisches Gutachten einzuholen und es sei gestützt darauf über die definitive Zuteilung der Obhut an die Beklagte oder den Kläger zu entscheiden.
5. Es sei die Beklagte für berechtigt zu erklären, C._____ einmal pro Woche, entweder am Freitagnachmittag ab 16.30 Uhr oder Samstagnachmittag ab 14.00 Uhr für zwei bis drei Stunden, auf eigene Kosten, beim Kläger zu besuchen.
6. In Abänderung des Eheschutzentscheids vom 20. Dezember 2012, Dispositiv-Ziff. 7, sei der Kläger für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens zu verpflichten, der Beklagten für sich persönlich einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'000.– pro Monat zu bezahlen.
7. Es sei für das Scheidungsverfahren eine Kindsvertreterin nach Art. 299 ZPO in der Person von Rechtsanwältin Z._____ zu ernennen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Anträge der Beklagten und Berufungsbeklagten vom 18. November 2016
(act. 99 S. 1):

- " 1. Das Begehren des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 27. September 2016 sei abzuweisen, und es sei Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur vom 30. September 2016 umgehend aufzuheben.

Die übrigen superprovisorischen Anträge seien zu bestätigen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWST) zulasten des Klägers."

Anträge der Kindsvertreterin vom 18. November 2016 (act. 101 S. 30):

- " 1. Es sei C._____, geb. tt.mm.2009, für die Dauer des Scheidungsverfahrens unter die Obhut des Kindsvaters zu stellen;
2. Es sei die Kindsmutter berechtigt zu erklären, jeweils am Mittwochnachmittag (oder einem nach Vereinbarung festgelegten Nachmittag) nach Schullende von der Schule abzuholen und ihn bis 19.00 Uhr zu betreuen;
3. Es sei die Kindsmutter weiter berechtigt zu erklären, C._____ jeden Sonntag oder alternierend Samstag oder Sonntag von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr auf eigene Kosten zu Besuch zu nehmen;
4. Es seien die Übergaben von C._____ am Sonntag sowie am Mittwochabend jeweils am Bahnhof ... an einem noch zu bestimmenden Ort von den Kindseltern vorzunehmen;
5. Es die Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB aufrechtzuerhalten und die Beiständin mit folgenden Aufgaben zu beauftragen:

Die Inhaber der elterlichen Sorge mit Sorge in Rat und Tat zu unterstützen;

Für C._____ eine geeignete kinderpsychologische Unterstützung zu suchen und ihn in die Therapie zu begleiten oder eine angemessene Begleitung und Sicherstellung der Therapie von C._____ zu organisieren;

Gelegentliche Abklärung der Betreuungssituation und der Tagesstruktur von C._____;

Vermittlung bei Konflikten zwischen den Kindseltern unter Berücksichtigung des Kindeswohls;

Regelmässige Abklärung des Verlaufs der Kontakte von C._____ mit der Kindsmutter;

Für C._____ an mindestens zwei Tage pro Woche eine angemessene Fremdbetreuung zu organisieren und zu überwachen;

Einholung von Auskünften bei der Schule von C._____ über seine Leistungen und sein Verhalten/Befinden in der Schule und im Umgang mit Schulkollegen;

Antragsstellung an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, falls sich weitere Kindesschutzmassnahmen, insbesondere eine andere Unterbringung oder die Sistierung oder Ausdehnung des Besuchsrechts aufdrängen sollten;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Parteien."

Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Winterthur vom 21. Dezember 2016 (act. 4/111 = act. 5):

1. Dispositiv-Ziffern 1, 5 und 6 des Massnahmebegehrens des Klägers vom 27. September 2016 bzw. 18. November 2016 werden abgewiesen. Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 30. September 2016 wird aufgehoben, womit Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Eheschutzgerichtes des Bezirkes Winterthur vom 20. Dezember 2012 (Prozess Nr. EE120144) ab sofort wieder in Kraft tritt. Die Beklagte ist demnach berechtigt, den Sohn C._____ am 26. Dezember 2016 zurück in ihre Obhut zu nehmen.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass die in Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils des Eheschutzgerichtes des Bezirkes Winterthur vom 20. Dezember 2012 (Prozess Nr. EE120144) angeordnete Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB mit Entscheid der KESB Winterthur-Andelfingen vom 23. August 2016 in eine Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB mit entsprechendem Auftrag an die ernannte Beiständin D._____ vom kjz Winterthur umgewandelt worden ist. Zusätzlich zu der ihr bereits von der KESB Winterthur-Andelfingen erteilten Aufträgen wird sie mit folgenden Aufgaben betraut:
 - Abklärung und Überwachung der Wohn- und Betreuungssituation sowie der Tagesstruktur von C._____;
 - Überprüfung der Notwendigkeit einer kinderpsychologischen Unterstützung für C._____;
 - Vermittlung bei Konflikten zwischen den Kindseltern unter Berücksichtigung des Kindeswohls.

3. Es wird ein kinderpsychiatrisches Gutachten zur Erziehungsfähigkeit der Eltern, zur Obhutszuteilung, zur Betreuungsregelung und zu allfälligen Kindesschutzmassnahmen eingeholt. Die Ernennung des Gutachters erfolgt mit separater Verfügung.

4. Mit Wirkung ab dem 1. August 2015 wird Dispositiv Ziffer 7 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 20. Dezember 2012 (Proz. Nr. EE120144) aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"a) Der Kläger (im Eheschutzverfahren: der Beklagte) wird verpflichtet, der Beklagten (in Eheschutzverfahren: der Klägerin) für die Dauer des Scheidungsverfahrens an den Unterhalt und die Erziehung des Sohnes pro Monat Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.- zuzüglich Familien- und Kinderzulagen, zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Beklagte zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Diese Unterhaltspflicht entfällt für die Monate Oktober 2016 bis Dezember 2016. Der Kläger wird für berechtigt erklärt, die von ihm bereits bezahlten Unterhaltsbeiträge sowie die von ihm bezahlten Krankenkassenprämien für den Sohn C._____ für die entsprechenden Zahlungsperioden in Abzug zu bringen.

b) Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten pro Monat persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'283.- zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Beklagte zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Der Kläger wird für berechtigt erklärt, die von ihm bereits bezahlten Unterhaltsbeiträge für die entsprechenden Zahlungsperioden in Abzug zu bringen.

5. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 4 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

- Erwerbseinkommen Kläger: Fr. 10'707.- (inkl. 13. Monatslohn, inkl. Bonus, inkl. Kinder- und Familienzulagen)
- Erwerbseinkommen Beklagte: Fr. 1'488.35 (inkl. 13. Monatslohn, inkl. Ferien- und Feiertagsentschädigung)
- Bedarf Kläger: Fr. 4'174.-
- Bedarf Beklagte mit C._____: Fr. 4'820.-;

6./7. Mitteilungen / Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 2 S. 2 f.):

- " 1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts o.V., Bezirksgericht Winterthur, vom 21.12.2016, in Dispo. Ziff. 1 aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:
In Abänderung des Eheschutzentscheids vom 20.12.2012 (EE120144), Dispo. Ziff. 4, sei der Sohn C._____, geb. tt.mm.2009, für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens unter die Obhut des Klägers zu stellen.
2. Es sei das Urteil des Einzelgerichts o.V., Bezirksgericht Winterthur, vom 21.12.2016, in Dispo. Ziff. 4 aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:
In Abänderung des Eheschutzentscheids vom 20.12.2012, Dispo. Ziff. 7, sei für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens der vom Kläger an die Beklagte für sich persönlich zu leistenden Unterhaltsbeitrag auf CHF 2'000 pro Monat zu reduzieren, und zwar mit Wirkung ab 23.09.2016.
Eventualiter sei der Kläger in Abänderung der Urteils des Einzelgerichts o.V., Bezirksgericht Winterthur, vom 21.12.2016, Dispo. Ziff. 4, zu verpflichten, der Beklagten für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens für sich und das Kind einen gesamten Unterhaltsbeitrag von CHF 4'144.00 resp. 4'688.00 inkl. KZ/Familienzulagen zu bezahlen (davon CHF 1'000 zuzüglich Kinder- und Familienzulagen für das Kind), und zwar auf den Ersten eines jeden Monats mit Wirkung ab 01.08.2015. Die Pflicht zur Bezahlung des Unterhaltsbeitrags entfällt für die Monate Oktober – Dezember 2016. Der Kläger sei für berechtigt zu erklären, die von ihm bereits bezahlten Unterhaltsbeiträge sowie die von ihm bezahlten Krankenkassenprämien für den Sohn C._____ für die entsprechenden Zahlungsperioden in Abzug zu bringen.
3. Es sei C._____ bezüglich seines Wunsches beim Vater oder bei der Mutter zu wohnen durch das Gericht zu befragen.
4. Es sei der vorliegenden Berufung im Sinne von Art. 315 Abs. 5 ZPO die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

5. Es sei dem Kläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bewilligen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8% MWST, zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt und Prozessgeschichte)

1.

Die Parteien haben am tt. September 2005 in E._____ (ZH) geheiratet. Ihrer Ehe entspross ein Sohn (C._____, geb. tt.mm.2009). Im Rahmen eines im 2012 durchgeführten Eheschutzverfahrens schlossen die Parteien eine Vereinbarung, die mit Urteil vom 20. Dezember 2012 vom Bezirksgericht Winterthur (nachfolgend Vorinstanz) vorgemerkt und genehmigt wurde. Dabei wurde C._____ unter die Obhut der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) gestellt und es wurde eine Besuchsbeistandschaft (Art. 308 Abs. 2 ZGB) errichtet. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) wurde zur Leistung von Unterhaltbeiträgen von insgesamt Fr. 4'000.– zzgl. Zulagen (davon Fr. 3'000.– für die Beklagte persönlich und Fr. 1'000.– zzgl. Zulagen für C._____) verpflichtet. Darüber hinaus wurde u.a. die Zuweisung der ehelichen Wohnung sowie das Besuchsrecht geregelt (vgl. act. 4/3/24+25).

Im Rahmen des im Februar 2015 anhängig gemachten Scheidungsverfahrens (vgl. act. 4/1) reichte der Kläger am 29. Mai 2015 ein Begehren um Abänderung der zuvor erwähnten vorsorglichen Massnahmen ein und verlangte eine "angemessene" Reduktion der zu leistenden Unterhaltsbeiträge (vgl. act. 4/13). Am 23. Juli 2015 fand sowohl die Einigungsverhandlung als auch die Verhandlung zu den vorsorglichen Massnahmen statt (vgl. act. 4/18 und Prot. Vi. S. 4 ff.), anlässlich welcher die Beklagte widerklageweise eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge

um Fr. 1'370.– beantragte (vgl. act. 4/27). Weder über die Scheidungsfolgen noch über die vorsorglichen Massnahmen konnte eine Einigung erzielt werden (vgl. Prot. VI S. 19 f.). In der Folge führten die Parteien aussergerichtliche Vergleichsgespräche. Diese blieben ohne Erfolg (vgl. act. 5 E. I.3. S. 5 f.).

Am 11. August 2016 ging bei der KESB der Bezirke Winterthur und Andelfingen (nachfolgend KESB) eine Gefährdungsmeldung der Kreisschulpflege ... ein (vgl. act. 4/62/71/1), die – samt KESB-Akten betreffend C._____ (vgl. act. 4/62) – am 25. August 2016 der Vorinstanz übermittelt wurde (vgl. act. 4/59+60 und act. 4/62/71). Ferner wandelte die KESB mit Entscheid vom 23. August 2016 die Besuchsbeistandschaft in eine Erziehungsbeistandschaft um (vgl. act. 4/61). Am 22. September 2016 erstattete C._____ bei der Stadtpolizei Zürich Anzeige gegen die Beklagte wegen sexueller Übergriffe. Zur Wahrung der Verfahrensrechte von C._____ bestellte die KESB Zürich Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ als Vertreterin (vgl. act. 4/68). Daraufhin beantragte der Kläger am 27. September 2016 die superprovisorische Umteilung der Obhut über C._____ an ihn (vgl. act. 72). Die Vorinstanz hiess diesen Antrag mit Entscheid vom 30. September 2016 gut, und sie setzte Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ als Kindsvertreterin ein (vgl. act. 77). In der Folge wurden die Parteien zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen auf den 18. November 2016 vorgeladen (vgl. act. 4/80), anlässlich welcher die Parteien die eingangs aufgeführten Anträge stellten. Nach durchgeführter Verhandlung kam die Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 21. Dezember 2016 zum Ergebnis, dass kein Abänderungsgrund vorliege und keine Kindswohlgefährdung bestehe. Sie hob folglich die superprovisorisch verfügte Umteilung der Obhut wieder auf und wies das in Bezug auf die Obhut über C._____ gestellte Begehren ab. Die Unterhaltsbeiträge erhöhte die Vorinstanz um Fr. 483.–, d.h. von insgesamt Fr. 4'000.– zzgl. Zulagen auf Fr. 4'483.– zzgl. Zulagen (vgl. Dispositivziffern 1 und 4 von act. 4/111 = act. 5, nachfolgend zitiert als act. 5). Seit dem 5. Januar 2017 wohnt C._____ wieder bei der Beklagten (vgl. act. 2 S. 17).

Für weitere Einzelheiten wird auf die ausführliche Darstellung der Prozessgeschichte im angefochtenen Entscheid verwiesen (act. 5 E. I.1).

2.

Gegen den Entscheid vom 21. Dezember 2016 erhob der Kläger mit Eingabe vom 9. Januar 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung (act. 2 i.V.m. act. 4/112), mit welcher er die vorab angeführten Anträge stellte. Das Berufungsverfahren dreht sich damit um die Zuteilung der Obhut über C._____ (vgl. dazu E. III.2. unten) sowie die vom Kläger zu leistenden Unterhaltsbeiträge (vgl. dazu E. III.3. unten). Mit Entscheid vom 13. Januar 2017 wies die Kammer das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Antrag Ziffer 4) ab (vgl. act. 6). Auf die Einholung eines Kostenvorschusses wurde verzichtet, da der Kläger ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt hat (vgl. Antrag Ziffer 5, siehe dazu E. IV.1. unten). Auf eine Berufungsantwort wurde in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO verzichtet. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 4/1-113). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

(Rechtliche Vorbemerkungen)

1.

Vorab ist zu bemerken, dass ein Entscheid lediglich dann in der Form eines Urteils ergeht, wenn das Gericht eine Sache materiell entscheidet (§ 135 Abs. 1 GOG). Die Sache ist die strittige Angelegenheit, bezogen auf das vorinstanzliche Verfahren ist das die Scheidung. Entsprechend kommt die Form des Urteils nur für den Endentscheid des Scheidungsverfahrens in Frage. Ergehen im Rahmen des Scheidungsverfahrens Entscheide über vorsorgliche Massnahmen, handelt es sich aus Sicht der Vorinstanz hierbei – obwohl diese Begehren materiell beurteilt werden – um Entscheide im Sinne von § 135 Abs. 2 GOG und damit um Verfügungen (vgl. dazu OGer ZH LY130043 E. 2.1.). Die falsche Bezeichnung ändert jedoch nichts an der Gültigkeit des Entscheids bzw. an der Zulässigkeit des Rechtsmittels.

2.

Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Es gilt die Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheids im Einzelnen auseinandersetzen hat. Sie muss zunächst konkret darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet haben bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll. Danach muss sie den vorinstanzlichen Erwägungen die aus ihrer Sicht korrekte Rechtsanwendung bzw. den korrekten Sachverhalt gegenüberstellen und darlegen, zu welchem abweichenden Ergebnis dies führen soll. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1 = Pra 102 (2013) Nr. 4). Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

3.

Die vorliegende Berufung wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Kläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

III.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1.

1.1. Nebst den eingangs aufgeführten Berufungsanträgen stellt der Kläger in seiner Berufungsbegründung den Antrag, es sei Dispositivziffer 1 des angefochtenen

Entscheidungs aufzuheben und zur Durchführung der Parteibefragung durch das Gericht an die Vorinstanz zurückzuweisen oder zur Vervollständigung des Sachverhalts die Parteibefragung selbst durchzuführen (vgl. act. 2 S. 3 unten). Seinen Rückweisungsantrag begründet er damit, dass die Parteivertreter zum Sachverhalt divergierende Ausführungen gemacht hätten, weshalb der zuständige Richter verpflichtet gewesen wäre, eine umfassende Parteibefragung vorzunehmen. Indem er dies aus unerklärlichen Gründen unterlassen habe, seien der Untersuchungsgrundsatz sowie der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden (act. 2 S. 4 Rz 3).

Der Untersuchungsgrundsatz verpflichtet das Gericht, von sich aus alle Elemente in Betracht zu ziehen, die entscheidungswesentlich sind, und unabhängig von den Anträgen der Parteien Beweise zu erheben. Diese Pflicht ist indes nicht ohne Grenzen und entbindet die Parteien nicht von einer aktiven Mitwirkung am Verfahren, indem sie Hinweise zum Sachverhalt machen oder Beweise bezeichnen. Der genannte Verfahrensgrundsatz bedeutet nicht, dass das Gericht jedem Parteiantrag stattzugeben sowie von Amtes wegen sämtliche einschlägigen Tatsachen festzustellen hätte, und er schliesst eine vorweggenommene Beweiswürdigung nicht aus. Das Gericht kann auf weitere Beweiserhebungen verzichten, wenn es über genügend Grundlagen für eine sachgerechte Entscheidung verfügt (vgl. BGer 5A_485/2012 E. 5 m.w.H.).

Der Kläger, der sich auf den Untersuchungsgrundsatz beruft bzw. eine Verletzung desselben geltend macht, muss zunächst aufzeigen, dass die Vorinstanz den Sachverhalt unvollständig festgestellt hat. Sodann muss er diejenigen Tatsachen behaupten, welche die Vorinstanz festzustellen bzw. abzuklären unterlassen hat. Schliesslich obliegt es ihm darzutun, inwiefern die behaupteten Tatsachen für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sind (vgl. BGer 5A_485/2012 E. 5 m.w.H.). Der Kläger führt in seiner Berufungsschrift keine konkreten Beanstandungen an, sondern macht lediglich pauschal, das heisst für die gesamte vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung, eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes geltend. Damit kommt der Kläger den aufgezeigten Anforderungen nicht nach (siehe dazu auch E. II.1.2. vorne). Gleiches gilt für die pauschal geltend ge-

machte Gehörsverletzung. Inwiefern eine solche vorliegen soll, geht aus den klägerischen Ausführungen nicht einmal rudimentär hervor. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes oder des rechtlichen Gehörs des Klägers ist demnach nicht ersichtlich. Von einer Rückweisung an die Vorinstanz sowie von einer Parteibefragung durch die Kammer ist damit abzusehen.

1.2. Ferner beantragt der Kläger in seiner Berufungsbegründung, es sei die Eingabe der Beklagten vom 8. Dezember 2016 aus dem Recht zu weisen, weil diese weder neue noch wesentliche Tatsachen, sondern nur das anlässlich der Verhandlung vom 18. November 2016 Vorgebrachte enthalte (vgl. act. 2 S. 4 Rz 2). Ausserdem habe er von der erwähnten Eingabe sowie von der Eingabe der Kindsvertreterin vom 7. Dezember 2016 erst mit der Zustellung des angefochtenen Entscheids Kenntnis erhalten (vgl. act. 2 S. 5 Rz 4). Damit macht er sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend.

Die Zivilprozessordnung bietet keine Handhabe, um unaufgefordert eingereichte Eingaben aus dem Recht zu weisen; sie sind zu den Akten zu nehmen. Der Gegenpartei ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, unabhängig davon, ob die Vorbringen zulässig sind oder nicht. Aus dem angefochtene Entscheid geht hervor, dass dem Kläger die zwei erwähnten Eingaben erst mit dem Entscheid zugestellt wurden (vgl. Dispositivziffer 6 von act. 5), weshalb die Rüge des Klägers an sich begründet ist. Auch wenn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu bejahen ist, kann vorliegend eine Rückweisung an die Vorinstanz aus den folgenden Gründen unterbleiben: Im Zusammenhang mit der hier zu behandelnden Gehörsverletzung stellt der Kläger in seiner Berufungsbegründung keinen Rückweisungsantrag (er stellt diesen nur in Bezug auf die geltend gemachte Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, vgl. E. 1.1. hiervor). Sodann hat sich der Kläger zu diesen Eingaben vor der Rechtsmittelinstanz, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüft (Art. 310 ZPO), geäussert (vgl. act. 2 S. 4 Rz 2). Überdies erscheint das Interesse des Klägers, sich vor erster Instanz zu diesen Eingaben zu äussern, gegenüber seinem Interesse an einer beförderlichen Durchführung des Massnahmeverfahrens nachrangig. Die Rückweisung würde

damit zu einem formalistischen Leerlauf und zu unnötigen Verzögerungen führen (anstatt vieler: BGE 137 I 195 E. 2.3.2).

1.3. Schliesslich beantragt der Kläger eine Kinderanhörung; C._____ sei bezüglich seines Wunsches beim Vater oder bei der Mutter zu wohnen, zu befragen (act. 2 S. 3 Antrag 3 und S. 14 oben). Das Alter von C._____ – er wurde im ... [Monat] 2016 sieben Jahre alt – spricht zwar grundsätzlich nicht gegen eine Anhörung (vgl. BGE 133 III 553 E. 3). Kleinere Kinder, zu welchen auch C._____ gehört, sind jedoch nicht nach konkreten Zuteilungswünschen zu fragen, da sie sich hierüber noch gar nicht losgelöst von zufälligen gegenwärtigen Einflussfaktoren äussern können. In diesem Sinn können sie auch keine stabile Absichtserklärung abgeben. Allgemein ist davon auszugehen, dass hinsichtlich dieser Frage ein Kind erst ab dem 12. Altersjahr urteilsfähig ist (vgl. BGer 5A_482/2007 E. 3 m.w.H.). Hinzu kommt, dass angesichts des regelmässigen Loyalitätskonflikts der Kinder im Scheidungsfall der Kinderwille einer sorgsam Abklärung im Rahmen des ordentlichen Verfahrens bedarf. Anhörungen im Massnahmeverfahren sollten die Ausnahme bleiben. Da vorliegend keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, die eine Anhörung ausnahmsweise erforderlich erscheinen lassen, ist von der beantragten Kinderanhörung abzusehen.

2.

2.1. Eine Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren setzt eine Veränderung der Verhältnisse voraus (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB). Verlangt ist dabei eine wesentliche und dauernde Veränderung. Eine Abänderung ist ferner angebracht, wenn sich die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zu Grunde lagen, nachträglich als unrichtig erwiesen haben oder wenn sich der Entscheid nachträglich im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmegericht die Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutz- bzw. des Präliminarentscheids einer Abänderung entgegen (vgl. dazu z.B. BGer 5A_274/2015 E. 3.3.1). Eine Umteilung der Obhut setzt nebst veränderten Verhältnissen voraus, dass das Kindeswohl gefährdet ist, mithin die Umteilung in dem Sinn zwingend nötig ist, als die aktuellen Lebensumstände dem Kind mehr

schaden als ihre Neuordnung und der damit verbundene Verlust der Kontinuität (vgl. BGer 5A_63/2011 E. 2.4.1 in HÄBERLI/MEIER, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht [März bis Juni 2011], ZKE 2011 S. 312 ff., S. 321). Im Massnahmeverfahren ist dabei noch nicht abzuklären, bei welchem Elternteil das Recht des Kindes auf optimale Fürsorge und Erziehung zukünftig besser gewährleistet ist. Das Massnahmeverfahren ist summarischer Natur, weshalb der Richter in aller Regel noch nicht die nötigen Abklärungen getroffen hat, um definitiv beurteilen zu können, welchem Elternteil im Scheidungsurteil bei der Kinderzuteilung der Vorzug zu geben ist. Der Entscheid des Massnahmerichters hat nur vorläufigen Charakter und darf den endgültigen Entscheid des Sachrichters nicht vorwegnehmen (vgl. OGer ZH LY110004 vom 11. April 2011).

2.2. Der Kläger führte vor Vorinstanz als Abänderungsgrund insbesondere das gegen die Beklagte eröffnete Strafverfahren sowie die von der Kreisschulpflege ... erstattete Gefährdungsmeldung vom 10. August 2016 an (vgl. act. 4/72 und Prot. Vi S. 25 f. und S. 50 f.). Weiter begründete der Kläger sein Abänderungsgesuch dahingehend, indem er der Beklagten eine Vernachlässigung von C._____, eine fehlende (schulische) Unterstützung, erzieherische Inkompetenz sowie ein gestörtes körperliches Verhältnis zu C._____ vorwarf (vgl. Prot. Vi S. 23 ff.).

2.3. Die Vorinstanz hat die vom Kläger beantragte Umteilung der Obhut abgewiesen. Sie hat das Vorliegen einer wesentlichen und dauerhaften Veränderung, welche eine vorsorgliche Abänderung der bisherigen Regelung zur Wahrung des Kindeswohls erforderlich machen würde, verneint.

In ihrem Entscheid setzte sich die Vorinstanz mit der erwähnten Gefährdungsmeldung und dem integralen Bericht der Kindergärtnerin F._____ (vgl. act. 4/62/71/1+2) auseinander. Sie gelangte zum Schluss, dass der Meldung zwar Hinweise auf eine mögliche Gefährdung des Kindeswohls zu entnehmen seien. Die Umstände, dass C._____ im Bett seiner Mutter schlafen müsse, er nicht alleine in den Kindergarten gehen dürfe, er übermüdet, selten pünktlich sowie ohne gefrühstückt zu haben zum Unterricht erscheine, er jeweils keinen Znüni dabei habe, er oft krank sei und es ihm physisch sowie psychisch schlecht gehe, würden jedoch eine Obhutsumteilung nicht rechtfertigen (vgl. act. 5 S. 19 f.). Im We-

sentlichen erwog die Vorinstanz dazu, dass nicht nur die Beklagte, sondern auch der Kläger C._____ zur Schule begleite. Der Kläger traue C._____ erst in ein paar Monaten das selbständige Zurücklegen des Schulwegs zu. Ob sich die vorgebrachte Unpünktlichkeit auf den Unterrichtsbeginn oder auf die von der Kindergärtnerin gewünschte Zeitspanne beziehe, sei nicht klar. Was die Müdigkeit anbelange, so trügen die Eltern die Verantwortung dafür, dass das Kind genügend Schlaf bekomme. Wenn C._____ häufig krank sei und es ihm psychisch und physisch schlecht gehe, könne das nicht ohne Weiteres auf ein Fehlverhalten der Beklagten zurückgeführt werden, da schliesslich auch der Kläger C._____ zu 46% betreue. Nach dem hiesigen kulturellen Verständnis erscheine es zwar als nicht altersgerecht, wenn C._____ nicht im eigenen Bett schlafe. Allerdings habe sich auch der Kläger nicht darum bemüht, C._____ daran zu gewöhnen, in einem eigenen Bett zu schlafen, habe er ihn doch ebenfalls im gleichen Bett schlafen lassen, obwohl C._____ ein eigenes Zimmer gehabt hätte (vgl. act. 5 S. 19 f.).

Weiter erwog die Vorinstanz zusammengefasst, es bestünden durchaus Anhaltspunkte, dass die Beklagte bei der Erziehung von C._____ gewisse Mängel aufweise. Diese sich auf C._____ auswirkenden Defizite hätten jedoch durchaus auch vom Kläger, der C._____ zu 46% betreue, ausgeglichen werden können. So sei beispielsweise nicht nachvollziehbar, weshalb nicht der Kläger C._____ beigebracht habe, mit Messer und Gabel zu essen. Die Beklagte vor C._____ als unfähige Mutter oder schlechte Person darzustellen, gehe dabei nicht an. Denn der sich daraus ergebende grosse Loyalitätskonflikt stelle für C._____ eine wesentliche Belastung dar. Die leichte Ohrfeige, welche die Beklagte C._____ gegeben habe, sei zwar eine fragwürdige Erziehungsmassnahme, aber als leichte Züchtigung anzusehen (vgl. act. 5 S. 18+20). Die körperliche Nähe, welche die Beklagte zu C._____ pflege, erscheine zwar problematisch (act. 5 S. 18). Der Beklagten hätten jedoch – wie das eingestellte Strafverfahren gezeigt habe – keine gravierenden sexuellen Übergriffe zum Nachteil von C._____ vorgeworfen werden können. Es könne davon ausgegangen werden, dass C._____ die Beklagte zwar an den Brüsten angefasst, aber nicht mit dem Mund berührt habe. Ebenso wenig sei davon auszugehen, dass zwischen der Beklagten und C._____ Zungenküsse stattgefunden hätten (act. 5 S. 21 f.). Im Zusammenhang mit dem "Nähe-

/Distanzverhalten" sei sodann zu berücksichtigen, dass auch beim Kläger zu Bedenken Anlass gebende Verhaltensweisen vorgekommen seien. So habe er ein Bild von C._____ auf Facebook gepostet, das C._____ lediglich mit einer Krawatte bekleidet zeige. Und ausserdem habe C._____ zusammen mit der Freundin des Klägers in der Badewanne gebadet. Damit seien auch auf Seiten des Klägers gewisse Zweifel an der Erziehungsfähigkeit vorhanden (act. 5 S. 21 f.).

2.4. Demgegenüber erachtet der Kläger – insbesondere gestützt auf die Gefährdungsmeldung – eine Kindeswohlgefährdung als gegeben (vgl. act. 2 S. 10 Mitte und S. 13 f. Rz 6). In seiner Berufungsschrift wiederholt der Kläger zunächst auf S. 5-10 das vor Vorinstanz Vorgetragene sowie den Inhalt der an die KESB erstatteten Meldungen (vgl. dazu insbesondere act. 4/62/7, act. 4/62/22, act. 4/62/25/3 = act. 4/62/27, act. 4/62/65). Dabei nimmt er keinerlei Bezug zum angefochtenen Entscheid. Eine wenigstens rudimentäre Auseinandersetzung mit der Argumentation der Vorinstanz lässt sich nicht erkennen. Da dies den vorerwähnten Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht genügt, braucht im Folgenden auf diese Ausführungen auch nicht näher eingegangen zu werden (vgl. E. II. 2. vorne).

In der Folge, d.h. ab S. 11 seiner Berufung, nimmt der Kläger Bezug auf den angefochtenen Entscheid. So führt er aus, die vorinstanzliche Erwägung, wonach auch er C._____ zur Schule begleitet habe, sei völlig abwegig, denn C._____ sei bereits im Dezember 2016 nur noch auf halbem Weg begleitet worden und ab Januar 2017 werde C._____ den gesamten Schulweg alleine meistern (vgl. act. 2 S. 11 lit. a). Nicht richtig sei, dass er – der Kläger – nichts unternommen haben soll, damit C._____ in einem eigenen Bett schlafe. Als C._____ im September 2016 in seine Obhut gekommen sei, habe C._____ nicht mehr im, sondern auf einer Matratze neben dem Bett des Klägers geschlafen. Nach einer gewissen Übergangszeit werde C._____ in seinem eigenen Zimmer schlafen (act. 2 S. 11 lit. d). Die mangelhafte Betreuung von C._____ zu kompensieren, sei ihm nicht möglich, da er C._____ jeweils nur am Dienstagnachmittag sowie von Freitagabend bzw. gelegentlich von Donnerstagabend bis Sonntagabend betreue (vgl. act. 2 S. 12 lit. f). Jedenfalls unternehme die Beklagte weder kindergerechte Akti-

vitäten mit C._____ noch fördere sie ihn in irgendeiner Weise (act. 2 S. 12 lit. g). Ausserdem erscheine C._____ verspätet, nicht gepflegt und übermüdet zum Unterricht (vgl. act. 2 S. 11 lit. b+c). Die Ohrfeige erachte er als eine körperliche Züchtigung, die bei einem sechsjährigen Kind nicht angebracht sei (act. 2 S. 12 lit. e). Sodann sei unerfindlich, auf welche Tatsachen sich die Vorinstanz in ihrer Erwägung stütze, wonach der Kläger die Beklagte gegenüber C._____ als unfähige Mutter und schlechte Person darstelle (vgl. act. 2 S. 12 f. lit. h). Das Foto von C._____ habe er lediglich aus Jux auf Facebook hochgeladen. Was das Baden anbelange, so sei es für C._____ schon immer ein grosses Vergnügen gewesen, mit dem Kläger in der grossen Eckbadewanne zu baden. Wenige Male sei es vorgekommen, dass auch die Freundin des Klägers mit von der Partie gewesen sei. Dies könne bei einem sechsjährigen Kind kaum als Grenzüberschreitung gewertet werden (vgl. act. 2 S. 13 lit. i). Auch wenn der Beklagten keine Übergriffe gegenüber C._____ hätten nachgewiesen werden können, sei davon auszugehen, dass C._____ sehr häufig die Brüste der Beklagten anfasse, was auf jeden Fall grenzüberschreitenden Charakter habe (vgl. act. 2 S. 13 lit. j).

2.5. Mit diesen Ausführungen legt der Kläger lediglich seine Sicht der Dinge dar und rechtfertigt er sein Verhalten bzw. seinen Umgang mit C._____. Er zeigt damit jedoch nicht auf, inwiefern die Erwägungen im angefochtenen Entscheid falsch sein sollen. Seine Ausführungen erschöpfen sich vielmehr in reinen Behauptungen oder Bestreitungen bzw. Rechtfertigungen, die er in keiner Weise auch nur zu substantiieren versucht. Jedenfalls lässt sich weder anhand der klägerischen Vorbringen noch gestützt auf die übrigen Akten eine ernsthafte Einschränkung der Erziehungsfähigkeit der Beklagten, die das Wohl von C._____ unmittelbar gefährden würde, erkennen. Es entsteht vielmehr der Eindruck, dass derzeit die Kindeswohlgefährdung nicht in der unmittelbaren Betreuung durch die Beklagte oder deren allenfalls eingeschränkten Erziehungsfähigkeit besteht, sondern in der fehlenden Kompetenz der Eltern, miteinander einzig auf der Elternebene und nicht mehr auf der Paarebene zu kommunizieren (vgl. dazu auch act. 4/62/82, act. 4/62/40). Aufgrund des Gesagten und um ein für C._____ potenziell schädliches und daher ungünstiges Hin und Her zu vermeiden, erscheint eine erneute Umteilung der Obhut nicht angebracht.

Die Vorbringen des Klägers sollen nicht ausgeblendet werden; seine Bedenken sind ernst zu nehmen. Deren eingehenden Prüfung hat aber im Scheidungsverfahren zu erfolgen, zu welchem Zweck auch ein kinderpsychiatrisches Gutachten zur Erziehungsfähigkeit der Eltern, zur Obhutszuteilung und zur Betreuungsregelung sowie zu allfälligen Kindesschutzmassnahmen eingeholt wird (vgl. act. 5 Dispositivziffer 3).

3.

3.1. Im Eheschutzverfahren wurde der Kläger zur Leistung von Unterhaltbeiträgen von insgesamt Fr. 4'000.– zzgl. Zulagen (Fr. 3'000.– für die Beklagte persönlich und Fr. 1'000.– zzgl. Zulagen für C._____) verpflichtet (vgl. act. 4/3/25). Mit Eingabe vom 29. Mai 2015 beantragte der Kläger deren "angemessene" Reduktion (vgl. act. 4/13). Die Beklagte verlangte widerklageweise die Erhöhung der Unterhaltsbeiträge auf insgesamt Fr. 5'370.– zzgl. Zulagen (vgl. act. 4/27). Die Vorinstanz erhöhte die Unterhaltsbeiträge auf Fr. 4'483.– zzgl. Zulagen (Fr. 3'283.– für die Beklagte persönlich und Fr. 1'200.– zzgl. Zulagen für C.______). Sie legte ihrem Entscheid ein monatliches Nettoeinkommen des Klägers von Fr. 10'707.– (inkl. Zulagen von derzeit Fr. 450.–) sowie ein solches der Beklagten von Fr. 1'488.35 zugrunde, und sie ging von einem Bedarf des Klägers von Fr. 4'174.– bzw. der Beklagten mit C.______ von Fr. 4'820.– aus (vgl. act. 5 E. II.E. 4.1.+4.2. S. 29-31).

Der Kläger will diesen Unterhalt auf Fr. 3'693.90 (zzgl. Zulagen von derzeit Fr. 450.–) bzw. Fr. 4'238.– (zzgl. Zulagen von derzeit Fr. 450.–) reduziert haben. Er erachtet das Einkommen der Beklagten als zu tief und deren Bedarf als um Fr. 190.– zu hoch (vgl. act. 2 S. 16 Ziff. 3).

3.2. Bei vorsorglichen Massnahmen geht es in erster Linie darum, eine einstweilige Lösung für die Dauer des Scheidungsverfahrens zu finden. Im summarischen Verfahren kann der Sachverhalt nicht mit der gleichen Tiefe abgeklärt werden, wie im ordentlichen Verfahren; es ist denn auch kein Beweis nötig, vielmehr reicht die Glaubhaftmachung. Der Entscheid über die Unterhaltsbeiträge bleibt letztlich immer ein Ermessensentscheid und es ist zu bedenken, dass die vordergründig ge-

naue mathematische Berechnung angesichts der verschiedenen Pauschalbeträge im Bedarf sowie dem schwankenden Einkommen eine Scheingenaugigkeit darstellt.

3.3. Die Vorinstanz zeigte in ihrem Entscheid die von der Beklagten erzielten Einkünfte von Oktober 2014 bis Juni 2015 auf. Ihr Verdienst bewegte sich dabei zwischen Fr. 3'650.– und Fr. 795.10. Daraus geht ohne weiteres hervor, dass die Beklagte ein schwankendes Einkommen erzielt. Da das Arbeitspensum der Beklagten gemäss Arbeitsvertrag 30-50% beträgt und der Einsatz entsprechend der betrieblichen Situation erfolgt, ging die Vorinstanz bei der Berechnung des Einkommens der Beklagten von einem durchschnittlichen vertraglichen Pensum von 40% aus. In den Monaten Januar bis Mai 2015 erzielte die Beklagte einen durchschnittlichen Verdienst von Fr. 1'786.05, der gemäss einer Arbeitsbestätigung der Arbeitgeberin der Beklagten mit einem durchschnittlichen Beschäftigungsgrad von 48% korrespondiert. Bei einem Pensum von 40% ergibt dies den erwähnten Lohn von Fr. 1'488.35. (vgl. act. 5 S. 30 f., siehe auch act. 4/20/2+3).

Der Kläger ist der Ansicht, die Vorinstanz hätte bei der Berechnung des Einkommens der Beklagten nicht nur auf die Lohnabrechnungen Januar bis Mai 2015 abstellen dürfen, sondern auch die Lohnabrechnungen von Oktober bis Dezember 2014 miteinbeziehen müssen. Dies ergebe ein durchschnittliches Nettoeinkommen von Fr. 2'240.90 pro Monat. Selbst wenn man nur die Einkünfte von Januar bis Mai 2015 berücksichtigen würde, so betrüge das durchschnittliche Einkommen Fr. 1'786.05. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Vorinstanz, obwohl die Beklagte im Zeitraum von Januar bis Mai 2015 in einem Pensum von 48% tätig gewesen sei, lediglich von einem solchen von 40% ausgehe (vgl. act. 2 S. 15).

Die Berechnungsweise der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Zum einen wird dem variablen Beschäftigungsgrad von 30-50% die Anrechnung eines Pensums von 40% durchaus gerecht. Um ein einigermaßen zuverlässiges Resultat zu erreichen und den Einkommensschwankungen genügend Rechnung zu tragen (vgl. dazu auch BGer 5A_790/2008, BGer 5A_708/2008, BGer 5D_167/2008), rechtfertigt es sich zum anderen die besonders guten sowie die besonders tiefen Einkünfte ausser Acht zu lassen. Die Vorinstanz hat damit bei der Einkommensberech-

nung die Einkünfte von Oktober bis Dezember 2014 sowie von Juni bis September 2015 (über welche sich der Kläger ausschweigt) zurecht nicht miteinbezogen.

3.4. Die vom Kläger beanstandeten Bedarfspositionen "Fahrkosten" von Fr. 130.– sowie "...- und ...unterricht" von Fr. 140.– erachtete die Vorinstanz als belegt (vgl. act. 5 S. 33). Nach dem Kläger sei die Position "Fahrkosten" um Fr. 50.– zu reduzieren, da die Beklagte seit dem 1. August 2016 nicht mehr von Winterthur nach Zürich zur Arbeit fahren müsse. Die Position "...- und ...unterricht" sei zu streichen, da C._____ diese Kurse seit einem halben Jahr nicht mehr besuche. Selbst wenn solche Kosten anfallen sollten, so der Kläger weiter, hätte die Beklagte diese Extrakosten aus ihrem Freibetrag zu finanzieren. Folglich betrage der Bedarf der Beklagten mit C._____ Fr. 4'630.– (vgl. act. 2 S. 16).

Selbst wenn die Fahrkosten der Beklagten nicht mehr Fr. 130.–, sondern nur noch Fr. 80.– betragen, erscheint nach dem in Erwägung 3.2. hiavor Gesagten und auch angesichts der finanziellen Verhältnisse der Parteien eine Reduktion des Bedarfs der Beklagten um Fr. 50.– kaum angebracht. Nicht ersichtlich ist sodann, weshalb die wirtschaftlich leistungsschwächere Beklagte die Kurse von C._____ aus ihrem Freibetrag zu bezahlen hat. Folglich ist der Bedarf der Beklagten mit C._____ nicht zu reduzieren.

3.5. Insgesamt vermag der Kläger mit seinen wenig substantiierten Ausführungen nicht darzutun, dass der angefochtene Entscheid bzw. der monatliche Unterhaltsbeitrag von Fr. 4'483.– (zzgl. Kinderzulagen) unangemessen wäre. Ausserdem befindet sich der Kläger, der ein monatliches Einkommen von Fr. 10'257.– (Fr. 10'707.– ./ Fr. 450 Zulagen) erzielt und einen Bedarf von Fr. 4'174.– aufweist, durchaus in der Lage, den festgesetzten Unterhaltsbeitrag zu bezahlen. Inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen bei der Aufteilung der Unterhaltsbeiträge in Ehegattenunterhalt und Kinderunterhalt nicht korrekt ausgeübt haben soll, ist nicht ersichtlich. Jedenfalls lässt sich eine Unangemessenheit nicht damit begründen, es sei dem Kläger unerklärlich, weshalb der Kinderunterhalt von Fr. 1'000.– auf Fr. 1'200.– erhöht worden sei (vgl. act. 2 S. 17 Ziff. 4).

4.

Insgesamt erweist sich die Berufung als unbegründet, weshalb sie abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen ist.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1.

1.1. Wie eingangs angeführt, ersucht der Kläger für das Berufungsverfahren um unentgeltliche Rechtspflege (vgl. act. 2 S. 3). Zur Begründung seines Gesuchs führt der Kläger aus, er sei aufgrund seiner Einkommens- und Bedarfsverhältnisse sowie des zu leistenden Unterhaltsbeitrags finanziell nicht mehr in der Lage für die Gerichts- und Anwaltskosten des Scheidungs- sowie Berufungsverfahrens aufzukommen. Gemäss den aktuellen Bankauszügen per Ende 2016 verfüge er über keine flüssigen Barmittel mehr. Ausserdem sei der Bestätigung der Raiffeisenbank vom 25. Januar 2016 zu entnehmen, dass die aktuelle hypothekarische Belastung für die von ihm bewohnte Liegenschaft Fr. 600'000.– betrage und damit bereits maximal belastet sei. Für das Scheidungs- und Berufungsverfahren sei er auf anwaltlichen Beistand angewiesen, zumal auch die Beklagte anwaltlich vertreten sei. Der Beklagten sei von der Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden. Daher erfülle auch der Kläger die erforderlichen Voraussetzungen (vgl. act. 2 S. 18).

1.2. Eine Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Unter den gleichen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig erscheint (vgl. Art. 117 ZPO und Art. 118 Abs. 1 ZPO).

1.3. Stellt man auf die aktuellen Verhältnisse ab, ist eine Bedürftigkeit bzw. Mittellosigkeit des Klägers nicht ersichtlich: Bei einem Einkommen von Fr. 10'707.– (inkl. Zulagen), einem Bedarf von Fr. 4'174.– und Unterhaltszahlungen von

Fr. 4'933.– (inkl. Zulagen) verfügt der Kläger über freie Mittel von monatlich Fr. 1'600.–. Mit diesem Überschuss ist der Kläger ohne Weiteres in der Lage, die Prozesskosten des Berufungsverfahrens innert angemessener Frist zu begleichen (vgl. BGer 4P.22/2007 vom 18. April 2007, E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Ob die Veräusserung, Vermietung oder Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekendarlehens der im Allein- oder Miteigentum des Klägers stehenden Liegenschaft zumutbar ist (vgl. BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 84 m.w.H.; BGE 119 Ia II E. 5 = Pra 84 (1995) Nr. 21), kann damit offen bleiben. Das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege ist demnach abzuweisen.

2.

2.1. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens ist nicht erst mit dem erstinstanzlichen Endentscheid in der Hauptsache (vgl. Art. 104 Abs. 1 ZPO), sondern bereits an dieser Stelle zu befinden. Grundlage für die Festsetzung der Entscheidgebühr bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (vgl. § 2 Abs. 1 GebV OG i.V.m. Art. 96 ZPO). Ausgangspunkt der Kostenberechnung für das Berufungsverfahren ist § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 GebV OG, wonach die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen wird und bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– beträgt. Das vorliegende Verfahren erweist sich als durchschnittlich aufwändig, weshalb die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung des Reduktionsgrundes gemäss § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– zu bemessen ist. Da der Kläger vollumfänglich unterliegt, sind ihm die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.2. Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: Dem Kläger nicht, weil er unterliegt, der Beklagten nicht, da ihr keine Umtriebe entstanden sind, die es zu entschädigen gölte.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Entscheid.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Der Entscheid des Bezirksgerichts Winterthur vom 21. Dezember 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte und den Verfahrensbeteiligten, je unter Beilage eines Doppels von act. 2 samt Beilagenverzeichnis, sowie an die Vorinstanz und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: