

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170051-O/U

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

Beschluss vom 6. April 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 14. August 2017 (EE160025-B)

Rechtsbegehren:

I. Des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 7/25 und Urk. 7/45 S. 1):

1. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Strafandrohung von Art. 292 StGB zu verbieten, den Aufenthaltswechsel von C._____, geb. tt.mm.2010, von D._____ nach Zürich vorzunehmen und die Gemeinde D._____ und Zürich seien anzuweisen, keine Abmeldung bzw. Anmeldung von C._____ zuzulassen.
2. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Strafandrohung von Art. 292 StGB zu verbieten, den Kindergarten- bzw. Schulortwechsel von D._____ nach Zürich vorzunehmen und die Schulgemeinde D._____ und Zürich seien anzuweisen, keine Abmeldung bzw. Anmeldung von C._____ zuzulassen.
3. Für den Eventualfall, dass die Kindsmutter ihren Wohnsitz nach Zürich verlegen sollte, sei das gemeinsame Kind C._____, geb. tt.mm.2010, unter die elterliche Obhut des Vaters zu stellen und festzuhalten, dass sich der Wohnsitz von C._____ insbesondere für schulische Belange, beim Vater befindet und dort neu begründet wird.
Sodann sei C._____ in D._____ eingeschult zu lassen.
Überdies sei der Mutter ein angemessenes Besuchs- bzw. Ferienbesuchsrecht zuzusprechen.
4. Subeventualiter, falls die Kindsmutter ihren Wohnsitz nach Zürich verlegen sollte, sei festzuhalten, dass das gemeinsame Kind C._____, geb. tt.mm.2010, unter der alternierenden elterlichen Obhut steht, sich der Wohnsitz von C._____, insbesondere für schulische Belange, jedoch beim Vater befindet und dort neu begründet wird.
Sodann sei C._____ in D._____ eingeschult zu lassen.
Überdies sei festzustellen, dass die Mutter den Sohn C._____ wie folgt betreut:
 - jede Woche von Samstagabend (evtl. auch Freitag nach Schulschluss) bis Montag nach Schulschluss,
 - sowie während der Hälfte der Schulferienwochen, wobei die Aufteilung der Ferien zwischen den Parteien frühzeitig abzusprechen ist.

Die übrige Zeit wird C._____ vom Vater betreut.

Für die Transporte des Kindes nach Zürich ist der Vater, für die Transporte des Kindes von Zürich die Mutter verantwortlich, wobei dies auch für die Schulwege gilt.

Kann eine Partei das Kind an ihrem Betreuungstag nicht selber betreuen, so sei sie zu verpflichten, auf eigene Kosten eine angemessene Drittbetreuung zu besorgen.

5. Die mit Urteil und Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 19. August 2016, Disp. Ziff. 3 und 4, erlassenen Einschränkung der elterlichen Sorge des Gesuchstellers in Bezug betreffend Kindergarten- und Schulanmeldung von C. _____ sowie die Zuteilung des alleinigen Entscheidungsrechts diesbezüglich an die Gesuchsgegnerin seien aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % MwSt.) zulasten der Gesuchsgegnerin.

Über die Anträge Ziff. 1-2 des Rechtsbegehrens sei im Sinne einer superprovisorischen Massnahme gemäss Art. 265 ZPO zu entscheiden und eine sofortige Unterlassung des Wohnsitzwechsels wie Schulanmeldung von C. _____ und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen.

II. Der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 7/47 S. 1):

1. Auf die Begehren des Klägers betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter: Die Begehren des Klägers betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen seien abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers (zzgl. 8 % MWST).

Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Andelfingen vom 14. August 2017 (Urk. 7/49 = Urk. 2):

1. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3 des Eheschutzurteils vom 2. Oktober 2015 wird die Obhut über das Kind C. _____ vorsorglich und für die Dauer des Eheschutzverfahrens dem Kläger zugeteilt. Das Kind C. _____ wird seinen Wohnsitz beim Kläger haben.
2. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 5 des Eheschutzurteils vom 19. August 2016 wird die Beklagte vorsorglich und für die Dauer des Eheschutzverfahrens berechtigt und verpflichtet, das Kind C. _____ jedes Wochenende von Samstag nach Arbeitsschluss, bis zum Schulbeginn am Montag auf eigene

Kosten zu betreuen. Die Beklagte wird verpflichtet, den jeweiligen Zeitpunkt ihres Arbeitsschlusses dem Kläger mitzuteilen.

3. Der Kläger wird verpflichtet, das Kind C._____ jeweils am Samstag zur mitgeteilten Zeit an der Wohnadresse der Beklagten an die Beklagte zu übergeben.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, das Kind C._____ jeweils am Montag rechtzeitig zur Schule zu bringen.
5. Die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 19. August 2016 werden ersatzlos aufgehoben.
6. Die anderslautenden Anträge der Parteien werden abgewiesen.
7. Über die Prozesskosten wird zusammen mit der Hauptsache entschieden.
8. (Mitteilungssatz)
9. (Berufung, 10 Tage)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien sind verheiratet. Aus ihrer Ehe ging der gemeinsame Sohn C._____, geboren am tt.mm.2010, hervor. Mit Urteil und Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Andelfingen vom 2. Oktober 2015 wurde das Getrenntleben der Parteien geregelt und die Vereinbarung der Parteien vom 30. September 2015 genehmigt und vorgemerkt. Dabei wurde der Sohn C._____ unter die Obhut der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) gestellt und dem Kläger und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) ein ausgedehntes Besuchsrecht eingeräumt (Urk. 4/2). Mit Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 19. August 2016 wurde das Abänderungsbegehren des Klägers betreffend das vorgenannte Eheschutzurteil in Bezug auf seinen An-

trag auf Umteilung der Obhut für C._____ abgewiesen und die Betreuungsregelung angepasst. Zudem wurde der Beklagten das alleinige Entscheidungsrecht betreffend die Kindergarten-/Schulanmeldung des Kindes eingeräumt und die elterliche Sorge des Klägers demgemäss eingeschränkt (Urk. 4/3). Am 7. November 2016 machte der Kläger vor Vorinstanz erneut ein Abänderungsverfahren anhängig (Urk. 7/1). Im Rahmen dessen stellte er mit Eingabe vom 30. Juni 2017 die oben genannten Rechtsbegehren (Urk. 7/25). In der Folge wurde das Gesuch des Klägers um superprovisorische Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit Verfügung vom 6. Juli 2017 abgewiesen (Urk. 7/33). Bezüglich des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens kann im Übrigen auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 7/49 E. I = Urk. 2 E. I). Nach Durchführung einer Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen (vgl. Prot. I. S. 37 ff.) fällte die Vorinstanz am 14. August 2017 den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 2).

1.2. Mit Eingaben vom 18. August 2017 bzw. 25. August 2017 (Urk. 1 und Urk. 8) erhob die Beklagte innert Frist Berufung mit den oben angeführten Anträgen und stellte zeitgleich ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 1 S. 5). Mit Beschluss vom 18. August 2017 wurde das Gesuch der Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 5). Am 28. August 2017 folgte eine Noveneingabe der Beklagten (Urk. 12). Mit Verfügung vom 22. September 2017 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten und zur Noveneingabe der Beklagten vom 28. August 2017 Stellung zu nehmen. Die Berufungsantwort des Klägers, in welcher dieser auf Abweisung der Berufung schliesst, stammt vom 6. Oktober 2017 (Urk. 19). Mit Verfügung vom 17. Oktober 2017 wurde die Berufungsantwort der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt und dieser Frist angesetzt, um zu den vom Kläger neu eingereichten Unterlagen und neu aufgestellten Behauptungen Stellung zu nehmen. Am 15. November 2017 reichte die Beklagte eine Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 6. Oktober 2017 ein (Urk. 25A). Auf entsprechendes Gesuch des Klägers vom 24. November 2017 (Urk. 30) wurde diesem mit Verfügung vom 27. November 2017 Frist angesetzt, um zur Stellungnahme der Beklagten vom 15. November 2017 Stellung zu nehmen (Urk. 31). Die Stellungnahme des Klägers vom 19. Dezember 2017 (Urk. 35) ging innert Frist ein. Mit Beschluss vom 19. Januar

2018 wurde die Anhörung des Kindes C._____ durch eine Delegation des Gerichtes angeordnet (Urk. 38). Am 22. Januar 2018 teilte der Rechtsvertreter des Klägers der im vorliegenden Berufungsverfahren zuständigen Gerichtsschreiberin mit, dass die Beklagte am 4. Dezember 2017 beim Bezirksgericht Zürich eine Scheidungsklage anhängig gemacht habe, was von der für das Scheidungsverfahren der Parteien am Bezirksgericht Zürich zuständigen Gerichtsschreiberin Zurmühle am 23. Januar 2017 auf Anfrage bestätigt wurde (vgl. Urk. 39 und 40). Daraufhin wurde mit Beschluss vom 13. Februar 2018 beiden Parteien Frist angesetzt, um sich zur sachlichen Zuständigkeit des Eheschutzrichters zur Regelung der im vorliegenden Berufungsverfahren strittigen Kinderbelange (Obhut, Betreuungsregelung) nach Rechtshängigkeit der Scheidungsklage zu äussern. Zugleich wurden die Doppel der Stellungnahmen des Klägers vom 19. Dezember 2017 (Urk. 35) und vom 26. Januar 2018 (Urk. 41) der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt und den Parteien mitgeteilt, dass vorläufig keine Anhörung des Kindes C._____ durchgeführt werde (Urk. 42). Im Weiteren wurden die jeweiligen Gesuche der Parteien um Leistung eines Prozesskostenbeitrages bzw. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abgewiesen. Die Stellungnahmen der Parteien zur sachlichen Zuständigkeit datieren vom 27. Februar 2018 und vom 8. März 2018 (Urk. 44 und 45) und wurden der jeweiligen Gegenseite mit Verfügung vom 19. März 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 46). Mit derselben Verfügung wurde den Parteien überdies mitgeteilt, dass kein weiterer Schriftenwechsel und keine Berufungsverhandlung durchgeführt werde und vorgemerkt, dass das Berufungsverfahren spruchreif und somit in die Phase der Urteilsberatung übergegangen ist (Urk. 46).

2. Sachliche Zuständigkeit

2.1. Mit Verfügung vom 14. August 2017 teilte die Vorinstanz - in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3 des Eheschutzurteils vom 2. Oktober 2015 - die Obhut über das Kind C._____ vorsorglich und für die Dauer des Verfahrens betreffend Abänderung von Eheschutzmassnahmen dem Kläger zu. Gleichzeitig legte die Vorinstanz - in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 5 des Eheschutzurteils vom 19. August 2016 - vorsorglich und für die Dauer des Verfahrens betreffend Abänderung

von Eheschutzmassnahmen zugunsten der Beklagten ein Besuchsrecht fest, wonach diese berechtigt ist, das Kind C._____ jedes Wochenende von Samstag nach Arbeitsschluss, bis zum Schulbeginn am Montag auf eigene Kosten zu betreuen. Überdies verpflichtete sie den Kläger, C._____ jeweils am Samstag zur mitgeteilten Zeit an der Wohnadresse der Beklagten an diese zu übergeben und die Beklagte, C._____ jeweils am Montag rechtzeitig zur Schule zu bringen (Urk. 2). In ihrer Berufungsschrift vom 18. bzw. 25. August 2017 (Urk. 1 und 8) beantragt die Beklagte die vollumfängliche Aufhebung dieses Entscheides und das Nichteintreten auf das Gesuch des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Ausserdem hat die Beklagte am 4. Dezember 2017 beim Bezirksgericht Zürich eine Scheidungsklage anhängig gemacht (vgl. Urk. 39 und 40). Es stellt sich in Anbetracht dessen die Frage nach der sachlichen Zuständigkeit des Eheschutzrichters zur Regelung der im vorliegenden Berufungsverfahren strittigen Kinderbelange nach der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage.

2.2.1. Die Beklagte überlässt in ihrer Stellungnahme vom 27. Februar 2018 die Frage der Zuständigkeit grundsätzlich der Beurteilung des Gerichts. Ergänzend macht sie geltend, zuzustimmen sei den Erwägungen des Gerichts, dass die Zuständigkeit zumindest bis zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage gegeben sei, auch wenn das Gericht erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens entscheide. Dies unter dem Gesichtspunkt, dass der Entscheid weiterhin Wirkung entfalte, bis ein Entscheid in einem allfälligen vorsorglichen Massnahmeverfahren im Rahmen des Scheidungsprozesses ergehe. Ein solches sei nach ihrem Kenntnisstand noch nicht anhängig (Urk. 44).

2.2.2. Der Kläger führt in seiner Stellungnahme vom 8. März 2018 - unter Hinweis darauf, dass über die sachliche Zuständigkeit von Amtes wegen zu befinden und das Prozessrecht von Amtes wegen anzuwenden sei - aus, seiner Ansicht nach bleibe das Eheschutzgericht für ein pendentes Verfahren zuständig, selbst wenn die Scheidung rechtshängig gemacht worden sei. Die Kompetenz zur Aufhebung oder Abänderung einer bestehenden Eheschutzmassnahme vom Eheschutz- auf das Scheidungsgericht gehe lediglich dann über, wenn das Eheschutzverfahren nicht mehr rechtshängig sei. Vorliegend gehe es jedoch nicht einmal um eine Ab-

änderung oder Aufhebung einer Eheschutzmassnahme durch das Obergericht, sondern um die Überprüfung eines eheschutzrichterlichen Entscheides. Er gehe jedoch davon aus, dass Tatsachenbehauptungen und Sachverhaltselemente, welche sich nach Einleitung des Scheidungsverfahrens abgespielt haben, praxisgemäss vom Eheschutzgericht nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass ein Nichteintreten auf die vorliegende Berufung der Beklagten den Rechtsweg abschneiden würde. Der Beklagten wäre es damit genommen, die Entscheidung des Bezirksgerichtes Andelfingen von einer höheren Instanz überprüfen zu lassen. Sodann seien auch prozessökonomische Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Sollte die Kammer ihre Zuständigkeit ablehnen und keinen Entscheid fällen, stünden die Parteien betreffend die zu klärende Frage wieder ganz am Anfang. Die leicht voraussehbare Folge davon sei wohl ein Begehren der Beklagten um Abänderung der Eheschutzmassnahme mittels vorsorglicher Massnahme an das Scheidungsgericht, wobei wiederum zu erwarten sei, dass ein diesbezüglicher erstinstanzlicher Entscheid nicht akzeptiert und die Frage dann später erneut dem Obergericht unterbreitet würde. Weiter sei darauf hinzuweisen, dass auch er ein Interesse an einer obergerichtlichen Klärung der vorliegenden Frage habe, da er sich dadurch eine Weichenstellung und Vereinfachung des Scheidungsverfahrens erhoffe. Ein zweitinstanzlicher Entscheid sei notwendig, damit die Parteien ernsthafte Vergleichsgespräche im Hinblick auf die Scheidung führen könnten, da vieles von der Frage abhängig sei, ob C. _____ zu Recht bei ihm in E. _____ sei - wovon er ausgehe - oder nicht (Urk. 45).

2.3.1. Gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts ist der Eheschutzrichter zuständig für den Erlass von Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens, während das Scheidungsgericht (als Massnahmegericht) ab diesem Zeitpunkt zuständig wird. Für die Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit ist somit der Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung massgebend: Für die Zeit davor trifft das Eheschutzgericht sämtliche Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens, für die Zeit danach ist hierfür das Scheidungsgericht zuständig. Sobald das gemeinsame Scheidungsbegehren oder die Klage eines Ehegatten auf Scheidung beim zuständigen Gericht rechtshängig gemacht worden ist, können daher Eheschutzmassnahmen für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängig-

keit nicht mehr getroffen, sondern nur noch vorsorgliche Massnahmen durch das Scheidungsgericht angeordnet werden. Anordnungen, die das Eheschutzgericht vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung getroffen hat, bleiben während des Scheidungsverfahrens allerdings in Kraft, solange sie nicht durch vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 276 ZPO abgeändert werden. Wird somit das Scheidungsverfahren während laufendem Eheschutzverfahren anhängig gemacht, wird letzteres nicht einfach gegenstandslos, sondern bleibt das Eheschutzgericht für die Anordnung von Eheschutzmassnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung zuständig, und zwar auch dann, wenn es aufgrund der Zeit, welche die Behandlung des Dossiers in Anspruch nimmt, sein Urteil erst nach diesem Zeitpunkt fällen kann (BGE 138 III 646 E. 3.3.2 = Pra 102 [2013] Nr. 34; BGE 137 III 614 E. 3.2.2 = Pra 101 [2012] Nr. 74; BGE 129 III 60 E. 2 und E. 3; BGE 115 II 201 E. 4a; BGer 5A_701/2012 vom 18. Februar 2013, E. 2.1; BGer 5A_933/2012 vom 17. Mai 2013, E. 5; BGer 5C.92/2004 vom 1. Juli 2004, E. 2.1.).

2.3.2. Nach Anhängigmachung einer Scheidungsklage bleibt der Eheschutzrichter im Übrigen zur Behandlung der bei ihm gestellten Begehren nur noch insoweit zuständig, als die verlangten Massregeln auf den Zeitraum vor Anhängigmachung der Scheidung zurückwirken. Somit können Eheschutzmassnahmen "nach Einleitung des Scheidungsverfahrens nur noch für die vor diesem Datum liegende Zeitspanne angeordnet werden", während für die Zeit des Scheidungsverfahrens vorsorgliche Massnahmen zu treffen sind (BGer 5A_461/2010 vom 30. August 2010, E. 3; BGer 5A_701/2012 vom 18. Februar 2013, E. 2.1; ZR 101/2002 Nr. 25, E. II.1c; ZR 87/1988 Nr. 115; ZR 82/1983 Nr. 3). Die Frage, ob vom Eheschutzrichter für die Zeit vor Einleitung der Scheidung festzusetzende Unterhaltsbeiträge zu befristen sind oder unbefristet zuzusprechen sind (mit der Folge, dass sie über den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidung hinaus weitergelten, bis sie vom Massnahmerichter abgeändert werden), wurde von der Kammer in einem Entscheid vom 14. März 2018 bejaht (*OGer ZH LE170039 vom 14.03.2018, E. II.3.1*), ist hier aber nicht zu entscheiden. Für Anordnungen, die einzig in die Zukunft wirken, fehlt dem Eheschutzgericht nach Einleitung des Scheidungsverfahrens die sachliche Zuständigkeit (*OGer ZH LE140026 vom 14.11.2014, E. 5.2*;

OGer ZH LE130007 vom 19.12.2013, E. 4; OGer ZH LP040108 vom 14.04.2005, E. II.1.2.1). Der Wechsel des Aufenthalts- oder Schulortes (Umszug), die Obhuts- zuteilung betreffend C._____ sowie die Besuchsrechtsausübung stellen Rege- lungsmaterien dar, hinsichtlich welcher nur eine Entscheidung für die Zukunft in Frage kommt. Erstens steht fest, wo C._____ in der Vergangenheit den Kinder- garten bzw. die Schule besuchte, wer ihn betreute und wie das Besuchsrecht ausgeübt worden ist. Und zweitens bestand für die Vergangenheit mit der Verfü- gung der Vorinstanz vom 14. August 2017 auch eine vollstreckbare (wenn auch nicht rechtskräftige) Regelung, die selbst durch einen anderslautenden Beru- fungsentscheid nicht mehr in Frage gestellt werden könnte. Dem Eheschutzge- richt fehlt für solche lediglich in die Zukunft gerichteten Anordnungen - entgegen der Ansicht der Parteien - nach dem Gesagten nach Rechtshängigkeit der Schei- dungsklage die sachliche Zuständigkeit, da für diese Zeit nur noch vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO angeordnet werden können. Bei der Frage der sachlichen Zuständigkeit handelt es sich um eine Prozessvorausset- zung, welche in jedem Prozessstadium von Amtes wegen zu prüfen ist (KUKO ZPO-Domej, Art. 60 N 2; BGE 130 III 430 E. 1). Ist sie nicht erfüllt, ist auf das Ge- such nicht einzutreten (Art. 59 und 60 ZPO). Die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Andelfingen vom 14. August 2017 ist somit aufgrund der fehlenden sachlichen Zuständigkeit des Eheschutzgerichts aufzuheben, und auf das ein- gangs vollständig wiedergegebene Gesuch des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Urk. 7/25 S. 2 f.) ist nicht einzutreten. Eine Prozessüberweisung findet nicht statt (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Ju- ni 2006, S. 7277; Müller-Chen, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweize- rische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2016, Art. 63 N 19).

2.3.2. Dieses Ergebnis ist auch daher geboten, weil in Bezug auf die Obhuts- und Betreuungsregelung noch weitere Abklärungen vorzunehmen wären. So wäre namentlich - wie bereits im Beschluss vom 19. Januar 2018 (Urk. 38) festgehalten - eine Anhörung des Kindes C._____ durchzuführen (Art. 298 ZPO; BK-Affolter- Fringeli, Art. 301a ZGB N 24 und N 48). Bei einem Entscheid nach Rechtshängig- keit der Scheidung darf der Eheschutzrichter - gleichgültig, ob beim Scheidungs- richter ein entsprechendes vorsorgliches Massnahmegesuch gestellt wurde oder

nicht - nur Tatsachen berücksichtigen, die bis zur Rechtshängigkeit der Scheidung entstanden sind (*OGer ZH LE170039 vom 14.03.2018, E. II.3.1; OGer ZH LP040108 vom 14.04.2005, E. II.1.2.1; Zogg, Vorsorgliche Unterhaltszahlungen im Familienrecht, FamPra.ch, S. 57; ZR 101 [2002] Nr. 25; vgl. auch Dolge, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2016, Art. 276 N 26, die sich in diesem Fall für eine Überweisung der Kinderbelange an das Scheidungsgericht ausspricht*). Die Erkenntnisse aus einer noch durchzuführenden Kinderanhörung könnten somit angesichts des von der Klägerin am 4. Dezember 2017 rechtshängig gemachten Scheidungsverfahrens ohnehin nicht mehr in die materielle Beurteilung der Eheschutzmassnahmen einfließen. Damit aber fehlt der Berufungsinstanz ein wesentliches Mittel der Sachverhaltsabklärung für einen sachgerechten Entscheid.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Abschliessend ist über die zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden. Für das Berufungsverfahren rechtfertigt es sich, in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b und § 10 Abs. 1 GebV OG eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 1'500.– festzusetzen.

3.2. Gemäss ständiger Praxis des Obergerichts sind die Kosten des Verfahrens in Bezug auf die Kinderbelange - unabhängig vom Ausgang - den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Kinderinteressen gute Gründe zur Antragsstellung hatten (vgl. statt vieler *OGer ZH LE170002 vom 23.05.2017, E. IV.1; ZR 84/1985 Nr. 41; vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO*). Solche Gründe werden den Parteien vorliegend nicht abgesprochen. Es rechtfertigt sich daher für das Berufungsverfahren eine hälftige Kostenaufteilung und ein Wettzuschlagen der Parteientschädigungen.

4. Minderheitsantrag

Eine Minderheit des Gerichts hat eine abweichende Meinung zu Protokoll gegeben (vgl. Urk. 47; Prot. S. 17

).

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Berufung wird die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Andelfingen vom 14. August 2017 aufgehoben und auf das Gesuch des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden den Parteien je hälftig auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien unter Zustellung von Urk. 47, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. April 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:
mc