

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE180002-O/U

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

Beschluss vom 22. März 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Bülach vom 5. September 2017 (EE170030-C)**

Rechtsbegehren:

(vgl. Wiedergabe in Urk. 34 S. 2-4)

Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach vom 5. September 2017:
(Urk. 31 = Urk. 34)

1. Es wird Vormerk genommen, dass die Parteien bereits getrennt leben und dass der Beklagte die eheliche Wohnung verlassen hat.
2. Die elterliche Sorge für die Kinder C._____, geboren tt.mm.2006, D._____, geboren tt.mm.2008, und E._____, geboren tt.mm.2011 wird den Parteien gemeinsam belassen.
3. Die Obhut für die Kinder C._____, geboren tt.mm.2006, D._____, geboren tt.mm.2008, und E._____, geboren tt.mm.2011 wird für die Dauer des Getrenntlebens der Klägerin zugeteilt.
4. Der Klägerin wird auf Ende des ersten Schulhalbjahres 2017/2018 respektive Montag, 26. Februar 2018 die Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder C._____, geboren tt.mm.2006, D._____, geboren tt.mm.2008, und E._____, geboren tt.mm.2011 von F._____ nach G._____, Norwegen genehmigt.
5. Der Beklagte wird berechtigt, die Kinder C._____, geboren tt.mm.2006, D._____, geboren tt.mm.2008, und E._____, geboren tt.mm.2011 am ersten und dritten Wochenende jedes Monats jeweils ab Freitagabend, 18:00 Uhr bis Sonntagabend, 18:00 Uhr, sowie in geraden Jahren von Karfreitag, 18.00 Uhr bis Ostermontag, 18.00 Uhr in ungeraden Jahren von Pfingstsamstag bis Pfingstmontag sowie jährlich am 26. Dezember auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen und sie ausserdem für drei Wochen jährlich während der Schulferien auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen.

Das Ferienbesuchsrecht ist mindestens zwei Monate im Voraus anzukündigen.

Ein weitergehendes bzw. von dieser Regelung abweichendes Besuchsrecht nach gegenseitiger mit der Klägerin und nach Absprache mit den Kindern bleibt vorbehalten.

Ab dem Zeitpunkt der Wohnsitznahme der Klägerin und der Kinder C._____, geboren tt.mm.2006, D._____, geboren tt.mm.2008, und E._____, geboren tt.mm.2011 in G._____, Norwegen besteht ein Abänderungsgrund betreffend das Besuchsrecht.

6.

A. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder monatliche, im Voraus auf den ersten des Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen: [...]

B. [...]

C. [...]

D. Ab dem Zeitpunkt der Wohnsitznahme der Klägerin und der Kinder C._____, geboren tt.mm.2006, D._____, geboren tt.mm.2008, und E._____, geboren tt.mm.2011 in G._____, Norwegen besteht ein Abänderungsgrund betreffend die Unterhaltsbeiträge.

7.-11. [...]

12. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'900.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

13. Die Entscheidgebühr wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt, der Anteil der Klägerin jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Klägerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

14. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.

15. [Mitteilungssatz].

16. [Rechtsmittelbelehrung].

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 33 S. 2):

- "1. Ziffer 4 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 5. September 2017 betreffend Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder sei ersatzlos aufzuheben. Der Antrag der Klägerin auf Genehmigung der Verlegung des Wohnortes der Kinder sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 50 S. 2):

- "1. Die Berufung des Beklagten sei abzuweisen und Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 5. September 2017 sei zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt. 8%) zu Lasten des Beklagten."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien sind seit dem tt. Juni 2011 verheiratet und haben drei gemeinsame Kinder: C._____, geboren am tt.mm.2006, D._____, geboren am tt.mm.2008, und E._____, geboren am tt.mm.2011 (Urk. 11). Mit Eingabe vom 1. März 2017 machte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) das vorliegende Eheschutzverfahren am Bezirksgericht Bülach anhängig (Urk. 1). Im Hinblick auf die Hauptverhandlung vom 11. Juli 2017 (Prot. I S. 6 ff.) hörte die Vorinstanz am 21. Juni 2017 die drei gemeinsamen Kinder der Parteien an (Urk. 19). Kurz nach Durchführung der Hauptverhandlung reichte der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) am 17. Juli 2017 – ebenfalls am Bezirksgericht Bülach – die Scheidungsklage ein (vgl. Urk. 34 E. I.5, mit Hinweis auf Urk. 27). Am 5. September 2017 erging der eingangs wiedergegebene Eheschutzentscheid, worin die Vorinstanz der Klägerin unter anderem die Verlegung des Auf-

enthaltortes der Kinder nach G._____ (Norwegen) bewilligte (Urk. 28 S. 5, Dispositivziffer 4). Die begründete Ausfertigung des Entscheids (Urk. 31) ging dem Rechtsvertreter des Beklagten nach über drei Monaten – am 15. Dezember 2017 – zu (Urk. 32).

1.2 Gegen Dispositivziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils erhob der Beklagte mit Eingabe vom 27. Dezember 2017 (Poststempel: 3. Januar 2018) Berufung und ersuchte gleichzeitig um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 33 S. 2). Mit Verfügung vom 4. Januar 2018 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um die Rechtzeitigkeit der Postaufgabe seiner Berufungsschrift nachzuweisen (Urk. 35). Mit Rechtsschrift vom 9. Januar 2018 nahm der Beklagte zur Rechtzeitigkeit der Berufung Stellung und reichte entsprechende Beweismittel ein (Urk. 36, 37 und 38/1-3). Mit Verfügung vom 11. Januar 2018 setzte die Kammerpräsidentin der Klägerin Frist an, um zum Gesuch des Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (Urk. 39). Gleichzeitig wurde der Beklagte aufgefordert, einen Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren von Fr. 3'000.– zu leisten, was dieser fristgerecht tat (Urk. 43). Mit Verfügung vom 24. Januar 2018 wurde der Berufung des Beklagten die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 48), nachdem die Klägerin dazu hatte Stellung nehmen können und in diesem Zusammenhang ein Armenrechtsgesuch gestellt hatte (Urk. 44). Mit Beschluss vom 2. Februar 2018 wurde das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gutgeheissen und ihr gleichzeitig Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 49). Innert Frist erstattete die Klägerin die Berufungsantwort und legte dabei neue Beweismittel ins Recht (Urk. 50, 51 und 52/11-20). Mit Präsidialverfügung vom 16. Februar 2018 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um zu den von der Klägerin im Rahmen ihrer Berufungsantwort neu eingereichten Unterlagen und neu aufgestellten Behauptungen Stellung zu nehmen (Urk. 53). Innert erstreckter Frist (vgl. Urk. 54) ging die Novenstellungnahme des Beklagten am 13. März 2018 beim Gericht ein und wurde gleichentags der Gegenpartei zur Kenntnisnahme weitergeleitet (Urk. 55 und 56). Mit Eingabe vom 19. März 2018 nahm die Klägerin unaufgefordert zur letzten Rechtsschrift des Beklagten Stellung (Urk. 57). Angesichts des Prozessausgangs wird dem obsiegenden Beklagten diese Stellungnahme erst mit dem vorliegenden Endentscheid zu-

gestellt. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-32).

2. Prozessuales

2.1 Die Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Im vorliegenden Berufungsverfahren ist einzig die Verletzung des Aufenthaltsortes der Kinder nach Norwegen strittig (Urk. 34 Dispositivziffer 4). Nicht angefochten wurden die Dispositivziffern 1-3 sowie die Ziffern 5-14 des erstinstanzlichen Urteils. In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

2.2 Nachdem das angefochtene Urteil dem Rechtsvertreter des Beklagten am 15. Dezember 2017 zugestellt worden war (Urk. 32), lief die zehntägige Berufungsfrist am 27. Dezember 2017 ab (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Da der Briefumschlag der Berufungsschrift den Poststempel vom 3. Januar 2018 trägt (vgl. Urk. 33), wurde der Beklagte mit Verfügung vom 4. Januar 2018 aufgefordert, die Rechtzeitigkeit seiner Eingabe zu belegen (Urk. 35). In seiner Stellungnahme vom 9. Januar 2018 hat der Rechtsvertreter des Beklagten nachvollziehbar und glaubhaft dargelegt, dass er die Rechtsmittelschrift fristgerecht am 27. Dezember 2017 der Schweizerischen Post übergeben hat (Urk. 36). Insbesondere hat er die Original-Postquittung (Nr. ...) eingereicht, woraus hervorgeht, dass die entsprechende Sendung am 27. Dezember 2017 um 17:49 Uhr auf der in der ...-Filiale integrierten Poststelle in H._____ aufgegeben wurde (Urk. 38/1-3). Die Sendungsnummer auf der erwähnten Quittung (...) stimmt mit der Nummer auf dem Briefumschlag der Berufungsschrift überein. Zudem ist oberhalb des Barcodes auf dem Umschlag ersichtlich, dass die Postsendung tatsächlich in "H._____" aufgegeben wurde. Nach dem Gesagten ist dem Beklagten bzw. seinem Rechtsvertreter der Nachweis gelungen, dass er die Berufungsschrift am letzten Tag der Rechtsmittelfrist gemäss Art. 143 Abs. 1 ZPO der Schweizerischen Post übergeben hat. Auch die übrigen Rechtsmittelvoraussetzungen sind vorliegend erfüllt: Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Entscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO) und wurde formgerecht erhoben (Art. 311 ZPO). Der Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 39 und 43). Unter dem

Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist auf die Berufung einzutreten.

2.3 Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) hat sich der Berufungskläger eingehend mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und dabei hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu offensichtlich ist (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Sie kann die Rügen der Parteien auch mit einer abweichenden rechtlichen Begründung gutheissen oder abweisen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1).

3. Beurteilung der Berufung

3.1 Die Vorinstanz hat der Klägerin die Genehmigung erteilt, den Aufenthaltsort der drei Kinder auf Ende des ersten Schulhalbjahres 2017/2018 von F. _____ nach G. _____ (Norwegen) zu verlegen (Urk. 34 Dispositivziffer 4). Gleichzeitig legte die Vorinstanz zugunsten des Beklagten ein gerichtsübliches Besuchsrecht fest, wonach dieser berechtigt ist, die Kinder jeweils am ersten und dritten Wochenende jedes Monats ab Freitagabend, 18:00 Uhr bis Sonntagabend, 18:00 Uhr, mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen (Urk. 34 Dispositivziffer 5). Zudem verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen gestützt auf Einkommens- und Bedarfswahlen, wie sie in der Schweiz gelten, ohne dabei zu berücksichtigen, dass die Kinder zusammen mit der Klägerin im Verlaufe des Frühjahres 2018 nach Norwegen umziehen werden (Urk. 34 Dispositivziffer 6A und 8). Diesbezüglich erwog die Vorinstanz, dass "ab dem Zeitpunkt der Wohnsitznahme der Klägerin mit den Kindern in Norwegen auf-

grund der höchstwahrscheinlich daraus resultierenden erheblichen Veränderung der der Unterhaltsberechnung zugrundeliegenden Verhältnisse ein Abänderungsgrund betreffend die Unterhaltsbeiträge" bestehe (Urk. 34 S. 54 f., E. V.8.9 und Dispositivziffer 6D). Auch im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht verwies die Vorinstanz den Beklagten auf ein Abänderungsverfahren und verzichtete auf eine Anpassung des Kontaktrechts ab dem Zeitpunkt der Wohnsitzverlegung der Kinder nach Norwegen (Urk. 34 S. 10, E. IV.4.4 und Dispositivziffer 5 Abs. 4).

3.1.1 Der Entscheid über die Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder richtet sich nach Art. 301a Abs. 2 ZGB. Der Zweck dieser Norm besteht nicht darin, den Umzug eines Elternteils zu verhindern, sondern die Eltern dazu zu bewegen, vor einem Umzug dessen Auswirkungen auf die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge zu prüfen und wenn nötig die bestehende Regelung über die Kinderbelange anzupassen. Die Verlegung des Aufenthaltsortes bedarf bei Uneinigkeit der Eltern der richterlichen Entscheidung und ist ausgerichtet am Kindeswohl zu beantworten (Art. 301a Abs. 5 ZGB; Botschaft zur Neuregelung der elterlichen Sorge, BBI 2011 9077, S. 9108). Dabei wird das bisher gelebte Betreuungsmodell faktisch den Ausgangspunkt der Überlegungen bilden. Die Konturen des Wegzuges müssen für die Beurteilung feststehen, weil der gerichtliche Entscheid über den Wechsel des Aufenthaltsortes der Kinder auf konkreten Grundlagen fassen muss. Zwischen der Anpassung der Kinderbelange und der zu beantwortenden Frage, ob die Verlegung des Aufenthaltsortes zu bewilligen ist, besteht eine enge Interdependenz. Ein mit dem Kindeswohl in Einklang stehender Entscheid kann daher nur getroffen werden, wenn die verschiedenen Konsequenzen der Auswanderung (Betreuungs- bzw. Besuchskonzept, Beschulung, Umgebung, finanzielle Auswirkungen etc.) bekannt sind und mit Blick auf das Kindeswohl gegeneinander abgewogen werden können. Ein tragfähiger Entscheid über die Frage, ob ausgehend vom Wegzug des einen Elternteils ein Mitgehen oder ein Verbleib der Kinder beim anderen Elternteil zu seinem besseren Wohl ist, kann nach dem Gesagten nur getroffen werden, wenn eine Vorstellung darüber besteht, in welche Umgebung der Umzug erfolgen soll und wie das zukünftige Betreuungs- bzw. Besuchskonzept aussehen würde (BGE 142 III 502 E. 2.6; BGE 142 III 481 E. 2.6; BK AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301a ZGB N 38).

3.1.2 Aus dem gesetzlichen Konzept ergibt sich somit, dass das Gericht – mit Wirkung ab dem tatsächlichen Wegzug des auswandernden Elternteils – die Betreuungs-, Besuchsrechts- und Unterhaltsregelung anzupassen hat (Art. 301a Abs. 5 ZGB). Materiell bildet die Regelung im Sinne von Art. 301a Abs. 5 ZGB ein notwendiger Bestandteil des Entscheids über den Wegzug, weil die konkrete Ausgestaltung der Betreuung und des persönlichen Verkehrs die Frage beeinflusst, welchen Aufenthaltsort am besten dem Kindeswohl entspricht. Wie das Bundesgericht in diesem Zusammenhang sodann erwogen hat, lassen sich diese Fragen im internationalen Verhältnis auch aus prozessualen Gründen nicht abspalten, weil mit dem Wegzug des Kindes in der Regel die schweizerische Entscheidzuständigkeit in Bezug auf die Ausgestaltung der Eltern-Kind-Beziehung verloren geht. Die legislatorischen Motive würden unterlaufen, wenn ausschliesslich über die Frage des Wegzugs der Kinder befunden und dem zurückbleibenden Elternteil zugemutet würde, notwendige Anpassungen in Bezug auf die Eltern-Kind-Beziehung im Ausland einzuklagen. Ein Umzug ins Ausland ist somit gerade auch deshalb bewilligungspflichtig, weil er regelmässig die schweizerische Jurisdiktion entfallen lässt (BGE 142 III 481 E. 2.8 mit Hinweis auf Art. 5 Abs. 2 HKsÜ und Art. 5 Ziff. 2 lit. a und c LugÜ; BERTSCHI/MARANTA, «Wir ziehen um?!» – wenn Eltern über den Aufenthaltsort des Kindes streiten, in: FamPra.ch 2017, S. 649 ff., S. 666 f.). Wird die Bewilligung für die transnationale Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder erteilt, ist daher zwingend auch über die Anpassung aller Kinderbelange im Sinne von Art. 301a Abs. 5 ZGB zu befinden, da mit dem Umzug in der Regel auch ein Wechsel der internationalen Zuständigkeit in Bezug auf die Kinderbelange verbunden ist. Vor diesem Hintergrund hat der Entscheid über die Wohnsitzverlegung der Kinder ins Ausland und die damit verbundene Anpassung der Kinderbelange stets in einem einheitlichen (Verbunds-)Entscheid zu ergehen (BERTSCHI/MARANTA, a.a.O., S. 666).

3.2 An diese obgenannten Vorgaben hat sich die Vorinstanz nicht gehalten. Im angefochtenen Entscheid wurde lediglich die Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder nach Norwegen genehmigt. Die übrigen Kinderbelange wurden hingegen ab dem Zeitpunkt des (bewilligten) Umzuges nach Norwegen nicht angepasst, wobei der Beklagte diesbezüglich lediglich auf ein Abänderungsverfahren verwie-

sen wurde. Gemäss vorstehenden Erwägungen ist ein solches Vorgehen unzulässig. Aus diesem Grund wäre die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts sowie zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da die Berufung des Beklagten jedoch bereits aus einem anderen Grund gutzuheissen ist, kann vorliegend von einer Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz abgesehen werden.

3.3 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 Rechtshängigkeit 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.). Auf diese Abgrenzungsproblematik hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit wurden die Parteien mit Verfügung vom 24. Januar 2018 ausdrücklich

hingewiesen (Urk. 48 S. 3). Trotz dieses expliziten Hinweises nahmen die Parteien zur sachlichen Zuständigkeit keine Stellung.

3.4 Vorliegend wurde das Eheschutzverfahren mit Eingabe vom 1. März 2017 anhängig gemacht (Urk. 1). Am 17. Juli 2017 reichte der Beklagte sodann die Scheidungsklage ein (vgl. Urk. 34 E. I.5, mit Hinweis auf Urk. 27). Somit war zum Zeitpunkt, als der angefochtene Eheschutzentscheid am 5. September 2017 erging, bereits ein Scheidungsverfahren hängig, was dem Vorderrichter bewusst war (vgl. Urk. 34 E. I.5). In einer solchen Konstellation bleibt nach Anhängigmachung der Scheidungsklage der Eheschutzrichter zur Behandlung der bei ihm gestellten Begehren nur noch insoweit zuständig, als die verlangten Massnahmen *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). Für Anordnungen, die einzig in die Zukunft wirken, fehlt dem Eheschutzgericht nach dem Gesagten die sachliche Zuständigkeit (OGer ZH LE140026 vom 14.11.2014, E. 5.2; OGer ZH LE130007 vom 19.12.2013, E. 4). In casu hat die Vorinstanz der Klägerin mit Urteil vom 5. September 2017 die Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder "auf Ende des ersten Schulhalbjahres 2017/2018 respektive Montag, 26. Februar 2018" genehmigt. Diese Anordnung hatte zum damaligen Zeitpunkt ganz offensichtlich nur Auswirkungen in die Zukunft. Da zum Urteilszeitpunkt jedoch bereits ein Scheidungsverfahren anhängig war, wovon der Vorderrichter Kenntnis hatte, war dieser für die Frage des Wohnsitzwechsels der Kinder sachlich nicht mehr zuständig. Nach Anhängigmachung der Scheidung hat einzig der Scheidungsrichter über die Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder ins Ausland zu befinden. Das Eheschutzgericht ist für eine solche in die Zukunft gerichtete Anordnung – entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urk. 34 E. I.5) – nicht mehr zuständig. Bei der Frage der sachlichen Zuständigkeit handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, welche von Amtes wegen zu prüfen ist. Ist sie nicht erfüllt, ist auf das Gesuch nicht einzutreten (Art. 59 und 60

ZPO). Das Fehlen einer Prozessvoraussetzung ist in jedem Stadium des Verfahrens zu berücksichtigen. Dies gilt auch dann, wenn der Mangel erst im Rechtsmittelverfahren erkannt wird, nachdem zunächst in erster Instanz (irrtümlich) ein Sachentscheid gefällt wurde. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht erwogen, eine obere kantonale Instanz habe die sachliche Zuständigkeit ihrer Vorinstanz auch ohne entsprechende Rügen zu prüfen. Es komme nicht darauf an, ob der Unzuständigkeitseinwand überhaupt von einer Partei erhoben werde (BGer 4A_229/2017 vom 7. Dezember 2017, E. 3.2; BGer 4A_291/2015 vom 3. Februar 2016, E. 3.2; OGer ZH LB130013 vom 16.09.2013, E. II.4; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 60 N 2 f.). Nach dem Gesagten ist Dispositivziffer 4 des angefochtenen Urteils aufgrund der fehlenden sachlichen Zuständigkeit des Eheschutzgerichts aufzuheben, und auf den Antrag der Klägerin auf Genehmigung der Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder (Urk. 1 S. 2, Ziff. 3) ist nicht einzutreten.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1 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 Entscheidunggebühr von Fr. 2'000.– festzusetzen.

4.2 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. Mai 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. Der Beklagte hat bereits einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– geleistet (Urk. 43), welcher mit seinem hälftigen Kostenanteil zu verrechnen ist. Der Kostenanteil der Klägerin wird aufgrund der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 49) einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1-3 und 5-14 des Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach vom 5. September 2017 rechtskräftig sind.
2. Dispositivziffer 4 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach vom 5. September 2017 wird aufgehoben, und auf den Antrag der Klägerin auf Genehmigung der Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder C._____, D._____ und E._____ wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je hälftig auferlegt. Der Anteil des Beklagten wird mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Ein allfälliger Überschuss wird dem Beklagten zurückerstattet. Der Kostenanteil der Klägerin wird einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage der Doppel von Urk. 57, 58 und 59/11/2, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
7. 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, 22. März 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:
sf