

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY130010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil.

Beschluss und Urteil vom 21. August 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (3. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. April 2013; Proz. FE120535

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit dem tt. August 2009 verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder, C._____, geboren am tt.mm.2006 und D._____, geboren am tt.mm.2008.
2. Am 22. Juni 2012 stellten die Parteien ein gemeinsames Scheidungsbegehren beim Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz; act. 7/1). Mit Eingabe vom 12. Juli 2012 ersuchte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagte) die Vorinstanz um Erlass vorsorglicher Massnahmen zur Regelung der Obhut, des Besuchsrechts, der Zuteilung der ehelichen Wohnung und des Autos sowie der Leistung von Unterhaltsbeiträgen (act. 7/6 S. 2 f.). Am 28. September 2012 fand vor Vorinstanz eine Verhandlung statt (Protokoll FE120535 S. 4 ff.). An der Verhandlung stellte auch der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Berufungskläger) Anträge zum Erlass vorsorglicher Massnahmen. Überdies stellte er ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 7/15 S. 1 f.). In der Folge holte die Vorinstanz noch Unterlagen und Stellungnahmen ein.
3. Mit Urteil und Verfügung vom 19. April 2013 wies die Vorinstanz das Gesuch des Berufungsklägers um unentgeltliche Rechtspflege ab und entschied wie folgt über die beantragten vorsorglichen Massnahmen (act. 3/1 = 7A = 7/61 S. 58 f.):
 1. Die Kinder C._____, geb. tt.mm.2006, und D._____, geb. tt.mm.2008, werden für die Dauer des Verfahrens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
 2. Der Gesuchsteller wird berechtigt, die Kinder C._____ und D._____ während der Dauer des Verfahrens wie folgt auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:
 - a) Gerade Kalenderwochen:
 - Montag: der Gesuchsteller holt die Kinder von der Schule/Hort ab. Sollte ein Kind die Schule bzw. den Hort nicht besuchen, so hat der Gesuchsteller dieses Kind bei der Gesuchstellerin um 18.00 Uhr abzuholen.
 - Dienstag: Gesuchsteller ganzer Tag,

- Mittwoch: der Gesuchsteller bringt die Kinder am Morgen in die Schule/Hort. Sollte ein Kind die Schule bzw. den Hort nicht besuchen, so hat die Gesuchstellerin dieses Kind beim Gesuchsteller um 09.00 Uhr abzuholen.
 - Samstag: der Gesuchsteller holt die Kinder um 09.00 Uhr bei der Gesuchstellerin ab,
 - Sonntag: Gesuchsteller ganzer Tag,
- b) Ungerade Kalenderwoche:
- Montag: Gesuchsteller ganzer Tag,
 - Dienstag: Gesuchsteller ganzer Tag,
 - Mittwoch: der Gesuchsteller bringt die Kinder am Morgen in die Schule/Hort. Sollte ein Kind die Schule bzw. den Hort nicht besuchen, so hat die Gesuchstellerin dieses Kind beim Gesuchsteller um 09.00 Uhr abzuholen.

Ausserdem ist der Gesuchsteller berechtigt, die Kinder für die Dauer von vier Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Gesuchsteller verpflichtet sich, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

3. Das Begehren des Gesuchstellers um Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrecht der Gesuchstellerin wird abgewiesen.
4. Die eheliche Wohnung an der E.____-strasse ..., ... Zürich wird samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Verfahrens der Gesuchstellerin und den Kindern zur Benützung zugewiesen.

Der Gesuchsteller wird verpflichtet, die Wohnung bis spätestens 30. Juni 2013 zu verlassen.

5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin folgende monatliche Kinderunterhaltsbeiträge für das Kind C.____ zu bezahlen, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats:
 - Fr. 1'123.00 für den Monat Juli 2012 (12. Juli bis 31. Juli 2012),
 - Fr. 1'740.00 für den Monat August 2012,
 - Fr. 1'093.20 für den Monat September 2012 und Dezember 2012,
 - Fr. 1'401.20 für den Monat Oktober 2012 und Januar 2013,
 - Fr. 1'247.20 für den Monat November 2012,
 - Fr. 1'740.00 ab 1. Februar 2013 und für die weitere Dauer des Verfahrens.

6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Kind D. _____ einen Kinderunterhaltsbeitrag für den Monat Juli 2012 von Fr. 1'123.00 (12. Juli bis 31. Juli 2012) und Kinderunterhaltsbeiträge für die Zeit ab August 2012 sowie für die weitere Dauer des Verfahrens von Fr. 1'740.00 pro Monat zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
7. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin folgende monatliche Unterhaltsbeiträge für sie persönlich zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats:
 - Fr. 1'460.00 für den Monat Juli 2012 (12. Juli bis 31. Juli 2012),
 - Fr. 2'264.00 von August 2012 bis und mit April 2013,
 - Fr. 3'264.00 von Mai 2013 bis und mit Juni 2013,
 - Fr. 3'480.00 von Juli 2013 bis und mit August 2013,
 - Fr. 3'140.00 ab September 2013 für die weitere Dauer des Verfahrens.
8. Das Auto der Marke Volkswagen wird dem Gesuchsteller überlassen.
9. Die Gesuche beider Parteien um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses werden abgewiesen.

[10. Schriftliche Mitteilung, 11. Rechtsmittelbelehrung]

4. Dagegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 2. Mai 2013 Berufung. Er stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2 ff.):

1. Dispositiv Ziff. 1 des angefochtenen Urteils vom 19. April 2013 (FE120535-L) sei aufzuheben und die Kinder C. _____, geb. tt.mm.2006, und D. _____, geb. tt.mm.2008, seien für die Dauer des Verfahrens unter die Obhut des Berufungsklägers zu stellen;
2. Dispositiv Ziff. 2 des angefochtenen Urteils vom 19. April 2013 (FE120535-L) sei aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte berechtigt zu erklären, die Kinder in den geraden Kalenderwochen von Mittwoch, 11.00 Uhr, bis Freitag, 15.00 Uhr, und in den ungeraden Kalenderwochen von Mittwoch, 11.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Weiter sei die Berufungsbeklagte berechtigt zu erklären, die Kinder während der Hälfte der Schulferien auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden bzw. mit dem Berufungskläger abzusprechen;
3. Eventualiter zu Anträgen Ziffer 1 und 2, sollten die Kinder nicht unter die Obhut des Berufungsklägers gestellt werden, sei das von der Vorinstanz ange-

ordnete Besuchsrecht des Berufungsklägers (Dispositiv Ziff. 2 des angefochtenen Urteils vom 19. April 2013 (FE120535-L) zu bestätigen;

4. Eventualiter zu Antrag Ziff. 1, sollten die Kinder nicht unter die Obhut des Berufungsklägers gestellt werden, sei Dispositiv Ziff. 3 des angefochtenen Urteils vom 19. April 2013 (FE120535-L) aufzuheben und es sei der Berufungsbeklagten zu verbieten, mit den Kindern während der Dauer des Verfahrens aus der Schweiz wegzuziehen;
5. Dispositiv Ziff. 4 des angefochtenen Urteils vom 19. April 2013 (FE120535-L) sei aufzuheben und die eheliche Wohnung an der E.____-strasse ..., ... Zürich, samt Mobiliar und Hausrat, sei für die Dauer des Verfahrens dem Berufungskläger zur Benützung zuzuweisen. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die Wohnung bis spätestens 30. Juni 2013 zu verlassen;
6. Dispositiv Ziff. 5, 6 und 7 des angefochtenen Urteils vom 19. April 2013 (FE120535-L) seien aufzuheben und die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, für den Unterhalt von C.____ und D.____ je folgende monatliche Unterhaltsbeiträge, zuzüglich allfällige Kinder- und Familienzulagen, zahlbar im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, zu bezahlen:
Fr. 343.00 für den Monat Juli 2012 (12. Juli bis 31. Juli 2012)
Fr. 533.00 für die Monate August 2012 bis Januar 2013
Fr. 464.00 für die Monate Februar bis April 2013
Fr. 327.00 für die Monate Mai und Juni 2013;

weiter sei der Berufungskläger zu verpflichten, für die Berufungsbeklagte ab Juli 2013 und für die weitere Dauer des Verfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 198.00 zu bezahlen;

weiter sei der Berufungskläger ausdrücklich berechtigt zu erklären, so lange die Berufungsbeklagte in der ehelichen Wohnung, E.____-strasse ..., ... Zürich, wohnt, Unterhaltsbeiträge an die Berufungsbeklagte und die Kinder bis zu einem Betrag von Fr. 2'920.50 pro Monat durch Zahlung des Mietzinses der ehelichen Wohnung direkt an den Vermieter zu tilgen;
7. Dispositiv Ziff. 9 des angefochtenen Urteils vom 19. April 2013 (FE120535-L) sei aufzuheben und die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 40'000.00 zu bezahlen;
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Berufungsbeklagten.

Dem Berufungskläger sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

Gleichen Tags erhob der Berufungskläger Beschwerde gegen die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege (act. 3/21). Die Beschwerde wird in Geschäft Nr. PC130024-O behandelt.

In der Berufung stellte der Berufungskläger den prozessualen Antrag, es sei dem Urteil in Bezug auf die Dispositivziffern 1, 4, 5, 6 und 7 die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Verfügung vom 21. Mai 2013 wurde der Berufungsbeklagten Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie zur Einreichung der Berufungsantwort angesetzt (act. 8). Die Berufungsbeklagte nahm mit Eingabe vom 24. Mai 2013 zum Gesuch betreffend aufschiebender Wirkung Stellung (act. 10). Mit Verfügung vom 29. Mai 2013 wurde der Berufung die aufschiebende Wirkung betreffend Unterhaltsbeiträge bis und mit April 2013 erteilt und im Übrigen abgewiesen (act. 11).

5. Mit Eingabe vom 31. Mai 2013 erstattete die Berufungsbeklagte die Berufungsantwort. Sie stellte folgende Anträge (act. 13 S. 2):

1. Die Berufung gegen das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 19. April 2013 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. April 2013 sei vollumfänglich zu bestätigen und es sei von der Unterhaltszahlung des Berufungsklägers im Umfang von Fr. 22'321.15 Vormerk zu nehmen.

Die Berufungsantwort wurde samt Beilagen dem Berufungskläger am 3. Juni 2013 zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt (act. 15). Dazu hat er sich nicht vernehmen lassen.

6. Mit Eingabe vom 6. August 2013 brachte die Berufungsbeklagte noch Noven vor (act. 18). Mit Verfügung vom 7. August 2013 wurde diese Eingabe dem Berufungskläger zugestellt, unter Ansetzung einer siebentägigen Frist zur freigestellten Stellungnahme (act. 19). Mit Eingabe vom 15. August 2013 nahm der Berufungskläger fristgerecht Stellung (act. 21). Das Verfahren ist nun spruchreif.

II.

Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit Berufung können sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Unangemessenheit liegt vor, wenn ein Entscheid innerhalb des gerichtlichen Ermessensspielraumes liegt, auf sachlichen Kriterien beruht und auch nicht unverständlich ist, jedoch unter Berücksichtigung sämtlicher Gegebenheiten des konkreten Falles aber trotzdem als unzweckmässig erscheint (ZK ZPO-REETZ/THEILER, 2. Aufl., Art. 310 N 6 und 36). Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings Zurückhaltung aufzuerlegen (KURT BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 310 N 6; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 475).

Art. 311 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass die Berufung schriftlich und begründet einzureichen ist. Aus dieser Pflicht zur Begründung ergibt sich, dass die Berufungsschrift (zu begründende) Anträge enthalten muss. Geht es um eine Geldleistung, wird zudem eine Bezifferung der Anträge verlangt (ZK ZPO-REETZ/THEILER, 2. Aufl., Art. 311 N 34). Das Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung zum Urteil erhoben werden kann. Bestimmte und gegebenenfalls bezifferte Berufungsanträge sind auch im Anwendungsbereich der Offizialmaxime erforderlich. Die Offizialmaxime bewirkt zwar, dass das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist, sie enthebt die Parteien jedoch nicht von den formellen Voraussetzungen, die eine Berufungsschrift erfüllen muss, dass das Berufungsverfahren gültig eingeleitet wird (BGE 137 III 617 E. 4-6). Entsprechend kann auf die Berufung nur soweit eingetreten werden, als bestimmte und (gegebenenfalls) bezifferte Anträge vorliegen.

Im Rahmen der Begründung hat der Berufungskläger sich sodann mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinander zu setzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts

falsch war (BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (ZK ZPO-REETZ/THEILER, 2. Aufl., Art. 311 N 36).

A maiore ad minus ist es auch möglich, dass lediglich auf einzelne Vorbringen bzw. Rügen nicht eingetreten wird, währendem auf die Berufung als solches eingetreten werden kann. Nicht in Frage kommt jedoch das Ansetzen einer Nachfrist, weil es dazu einer Fristerstreckung bedürfte, diese jedoch bei gesetzlichen Fristen ausgeschlossen ist (ZK ZPO-REETZ/THEILER, 2. Aufl., Art. 311 N 38).

III.

1. Vorbemerkungen

Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens kommen die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss zur Anwendung (Art. 276 ZPO). Gemäss Art. 272 ZPO stellt das Gericht im eherechtlichen Summarverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Überdies ist Art. 296 ZPO zu beachten, wonach das Gericht bei Kinderbelangen den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet.

Im summarischen Verfahren geht es darum, in einem raschen Verfahren eine vorläufige Friedensordnung herzustellen. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind daher, bei freier Beweiswürdigung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Scheidung/LEUENBERGER, 2. Aufl., Anh. ZPO Art. 276 N 1 und 17). Glaubhaftmachung bedeutet, dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptung überzeugt sein muss, sondern dass es genügt, wenn auf Grund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fragliche Tatsache spricht. Dabei ist analog zu Art. 8 ZGB eine "Glaubhaftmachungslast" derjenigen Partei zu beachten, welche aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableitet (FamPra 2010 S. 705 ff. = BGer 5A_117/2010 vom 5. März 2010 E. 3.3).

2. Obhut

2.1. Wie ausgeführt, hat das Gericht bei einer vorsorglichen Massnahme im Rahmen des Scheidungsverfahrens rasch eine vorläufige Friedensordnung herzustellen. Spricht nicht das Kindeswohl gegen die Zuteilung der Kinder an einen Elternteil, kommen beide Elternteile als alleinige Inhaber der Obhut in Frage. Grundsätzlich hat kein Elternteil den Vorrang. Auch in Konstellationen, in denen sich die Parteien die Kinderbetreuung hälftig geteilt haben, muss eine Zuteilung der Obhut an den einen oder anderen Elternteil erfolgen, sofern die gemeinsame Obhut nicht in Frage kommt.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für die Zuteilung in erster Linie das Wohl des Kindes entscheidend, und zwar vor allen anderen Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern. Massgebend ist sodann die Erziehungsfähigkeit. Liegt diese bei beiden Elternteilen vor, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, die Kinder persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich weitere Gesichtspunkte zuordnen, beispielsweise die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten. Bei der Beurteilung der für die Obhutzuteilung massgebenden Kriterien verfügt das Sachgericht über grosses Ermessen (BGer 5A_693/2010 vom 29. Dezember 2010, E. 2.2.1, m.w.H.). Entsprechend ist im Rechtsmittelverfahren selbst von einer unzweckmässigen Lösung nicht ohne Not abzuweichen, sofern diese auf sachlichen Kriterien beruht und nicht unverständlich ist (vgl. Ziff. II).

2.2. Die Vorinstanz erwog, dass im vorliegenden Fall die gemeinsame Obhut ausser Betracht falle, da zum einen der gemeinsame Antrag fehle und zum anderen auch die Kommunikation in Kinderbelangen viel Konfliktpotential beinhalte. Damit entspreche die gemeinsame Obhut nicht dem Kindeswohl.

Vorliegend würden, so die Vorinstanz, unter dem Aspekt der persönlichen Bindung und der erzieherischen Fähigkeiten beide Parteien als geeignet erscheinen. Deshalb wurde der bisherigen Betreuung resp. Aufgabenteilung der Eltern massgebliche Bedeutung zugemessen. Die Vorinstanz kam zum Schluss, es würden diverse Hinweise vorliegen, wonach die Berufungsbeklagte die Kinder mehrheitlich betreut und der Berufungskläger vorwiegend seine berufliche Laufbahn verfolgt habe. Dies werde durch die E-Mail des Berufungsklägers vom 21. Mai 2011 sowie durch die Schreiben diverser Freunde gestützt. Der Berufungskläger habe hingegen keine Urkunden vorlegen können, welche auf eine zumindest hälftige Betreuung hinweisen würden. Somit fehle es an der Glaubhaftmachung dieser Behauptung des Berufungsklägers. Zudem sei gerichtsnotorisch, dass Selbständigerwerbende einen viel höheren Arbeitsstundeneinsatz zu leisten hätten als Angestellte, weshalb wenig plausibel erscheine, dass diese Tätigkeit nicht zeitintensiv sei.

Weiter erwog die Vorinstanz, beide Parteien würden über die gleichen Betreuungsmöglichkeiten verfügen. Sodann fehle aktuell beiden Parteien die nötige Kooperationsbereitschaft, was sich beispielsweise aus dem E-Mail-Verkehr betreffend Ferienbeginn oder der tätlichen Auseinandersetzung ergebe. Sodann sei eine Gefährdung des Kindeswohls wegen eines allfälligen Umzugs nach F._____ oder G._____ [Städte in Deutschland] nicht plausibel. Ebenso sei nicht glaubhaft, dass die Berufungsbeklagte die Kinder manipulierte.

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es sich rechtfertige, die Obhut über die Kinder der Berufungsbeklagten zuzuweisen (act. 3/1 = 7A = 7/61 S. 6 ff.).

2.3. Der Berufungskläger bringt dagegen im Wesentlichen vor, bei gleichen Betreuungsmöglichkeiten sei das Moment der örtlichen und familiären Stabilität entscheidend. Dem habe die Vorinstanz keine Rechnung getragen. Massgebend sei, dass die Kinder während der Dauer des Prozesses in ihrer angestammten Umgebung verbleiben können. Ausserdem treffe es nicht zu, dass die Berufungsbeklagte die Kinder bis anhin mehr betreut habe als er. Dass dem so sein solle, habe die Berufungsbeklagte denn auch nicht glaubhaft gemacht. Glaubhaftmachen setze voraus, dass mehr für als gegen die streitige Tatsache spreche. Dies sei bei jeder

umstrittenen Tatsache sorgfältig zu prüfen. Die E-Mail des Berufungsklägers vom 21. Mai 2011 bringe nicht zum Ausdruck, dass die Berufungsbeklagte die Kinder mehr betreut habe. Sie sage lediglich, dass sich die Berufungsbeklagte (auch) um die Kinder kümmere, so dass er sich mehr (als wenn sie es nicht tun würde) um seine geschäftlichen Aktivitäten kümmern könne. Auch die eingereichten E-Mails von Freunden der Berufungsbeklagten würden nicht zum Schluss führen, dass die Berufungsbeklagte die Kinder mehr betreut habe als der Berufungskläger. Die E-Mail von H. _____ beziehe sich auf die Zeit in I. _____ [Stadt in Amerika] sowie einen Besuch im Oktober 2009, sie sei somit nicht aktuell. Die weiteren E-Mails würden nichts aussagen und seien sodann lediglich Parteibehauptungen. Die Parteien hätten die Kinder sodann selten gemeinsam betreut. Wenn die Berufungsbeklagte die Kinder betreut habe, dann habe der Berufungskläger die Zeit genutzt um zu arbeiten. Umgekehrt habe die Berufungsbeklagte gearbeitet, wenn der Berufungskläger die Kinder betreut habe. Angesichts der vorliegenden Beweismittel könne keine Rede davon sein, dass die Berufungsbeklagte die Kinder mehr betreut habe. Es sei unbestritten, dass der Berufungskläger die Kinder jeweils von Montagmorgen früh bis Mittwochmorgen (inkl. zwei Nächte) alleine betreut habe, während die Berufungsbeklagte die Kinder nur am Donnerstag (bis abends ca. 19.00 Uhr) alleine betreut habe.

Abwegig sei, wenn die Vorinstanz ausführe, es sei "gerichtsnotorisch", dass selbständig Erwerbstätige einen viel höheren Arbeitsstundeneinsatz leisten würden als Angestellte. Dies sei falsch, könne doch selber gesteuert werden, wie viel man arbeiten wolle. Sodann seien im vorliegenden Verfahren ohnehin die konkreten Verhältnisse massgebend. Es sei festzuhalten, dass die Berufungsbeklagte in einem 100%-Pensum angestellt sei, der Berufungskläger lediglich in einem 40%-Pensum. Unter diesem Aspekt sei nicht nachvollziehbar, weshalb es überwiegend wahrscheinlich sein soll, dass die Berufungsbeklagte die Kinderbetreuung bislang zu einem grösseren Teil wahrgenommen habe. Der Berufungskläger könne Besprechungstermine auf die Abwesenheiten der Kinder legen. Im Übrigen könne er arbeiten, wenn die Kinder im Bett seien. Es sei auch nicht nachvollziehbar, weshalb nicht glaubhaft sein sollte, dass er lediglich sechs Mal pro Jahr für wenige Tage nach I. _____ reise. Dieser Umstand sei von der Gegenpartei nicht einmal

substantiiert bestritten worden. Sodann könne auch aus dem Umstand, dass ein ausgedehntes Besuchsrecht gewährt werde, abgeleitet werden, dass die Parteien die Kinder ungefähr im gleichen Ausmasse persönlich betreut hätten.

Es sei deshalb – aufgrund gleichwertiger Betreuung – darauf abzustellen, welcher Elternteil die grössere Gewähr dafür biete, dass die Kinder während der Dauer des Prozesses in ihrer angestammten Umgebung bleiben können. Es sei vorliegend überwiegend wahrscheinlich, dass die Berufungsbeklagte mit den Kindern nach Deutschland ziehen würde. Dies habe die Vorinstanz ausser Acht gelassen. Die Ausführungen der Vorinstanz zum Umzug von I. _____ in die Schweiz würden nicht überzeugen, da die Kinder dannzumal sehr klein gewesen seien. Das Kindeswohl wäre im Falle des Umzugs nach Deutschland gefährdet, da er die Kinder nicht mehr so regelmässig betreuen könnte. Er würde mit den Kindern in Zürich wohnen bleiben, deshalb seien die Kinder unter seine Obhut zu stellen (act. 2 S. 5 ff.).

2.4. Die Berufungsbeklagte führt hingegen aus, dass sie die Kinder seit deren Geburt sehr wohl überwiegend betreut habe, wobei sie auch nur während 30 Wochen im Jahr in Deutschland unterrichte, somit während 22 Wochen die ganze Woche in Zürich sei und dann die Kinder auch Montags und Dienstags betreue. Sodann könne aus dem Umstand, dass der Berufungskläger nur einen Tag pro Woche festangestellt sei, nicht abgeleitet werden, dass die Berufungsbeklagte nur an diesem Tag die Kinder alleine betreut hätte. Auch an den übrigen Tagen habe sie sich mehr um die Kinder gekümmert, deren Hobbies und ausserschulischen Betätigungen organisiert und dabei begleitet. Diese in der E-Mail vom 21. Mai 2011 geschilderte Rollenverteilung werde weiterhin gelebt. Sodann betrage ihre wöchentliche Arbeitszeit nur 18 Stunden, trotz Vollzeitpensum. Im Zusammenhang mit einem Umzug nach Deutschland sei zu beachten, dass sie durch ihr wöchentliches Pendeln bewiesen habe, dass ihr Arbeitsort leicht erreichbar sei. Auch erwäge die Vorinstanz zu Recht, dass das Kindeswohl bei einem Umzug nach Deutschland wohl kaum gefährdet wäre. Sodann könne mit gleichem Recht behauptet werden, es bestünde die Gefahr, dass der Berufungskläger im Falle der Obhutszuteilung an ihn mit den Kindern nach J. _____ ziehen würde, da dort sein

Arbeitsort und seine Familie seien, und die Berufungsbeklagte die Kinder dadurch nicht mehr im bisherigen Umfang betreuen könnte (act. 13 S. 3 f.).

2.5. In der Noveneingabe führte die Berufungsbeklagte sodann aus, dass der Berufungskläger nun mit seiner neuen Lebenspartnerin und deren drei Kinder an der ...-strasse ... in Zürich lebe. Es sei mit dem Kindeswohl nicht zu vereinbaren, dass sich die Kinder, die ohnehin schon emotional stark beansprucht würden, mit einer neuen "Mutterfigur" und neuen "Geschwistern" zurechtfinden müssten. Das neue Zuhause des Berufungsklägers sei nicht auf die Bedürfnisse der Kinder ausgerichtet. Vielmehr sollten sie in ihrem gewohnten Umfeld so weit als möglich Halt finden und sich nicht mit neuen Bezugspersonen auseinandersetzen müssen (act. 18 S. 2).

Der Berufungskläger bestätigte in seiner Stellungnahme die vorgebrachte neue Wohnsituation und hielt den weiteren Vorbringen der Berufungsbeklagten entgegen, dass die Kinder seine neue Partnerin sowie deren Kinder schon lange kennen würden und sie ein inniges Verhältnis hätten. Die Kinder würden ihre neue, zweite Familie sehr geniessen und hätten in der Wohnung auch ein eigenes Zimmer. Die Wohnung befände sich in der Nähe der ehelichen Wohnung, entsprechend könnten die Kinder die bisherige Schule bzw. der bisherige Kindergarten besuchen und problemlos die Kontakte mit ihren Spielkameraden fortführen. Dies spreche für die Zuteilung der Obhut an ihn. Bei der Berufungsbeklagten hingegen sei nun ihr neuer Partner eingezogen, der den Kindern bisher nicht bekannt gewesen sei. Ausserdem werde die Berufungsbeklagte, anders als der Berufungskläger, in eine den Kindern völlig fremde Wohnung an einen noch unbekannten Ort umziehen, wohl in Deutschland (act. 21 S. 2 ff.).

2.6. Es ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass eine gemeinsame Obhut vorliegend nicht in Frage kommt. Hierzu ist auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (act. 3/1 = 7A = 7/61 S. 7 ff.). Dies wird vom Berufungskläger denn auch nicht mehr beantragt.

2.7. Vorliegend ist glaubhaft, dass beide Elternteile an der Betreuung und Erziehung der Kinder massgeblich beteiligt waren. Unbestritten ist, dass der Beru-

fungskläger die Kinder (oder zumindest eines davon) regelmässig am Montag und Dienstag alleine betreute und die Berufungsbeklagte am Donnerstag. Bei einer solchen Ausgangslage gestaltet sich die Ermittlung, welcher Elternteil nun die massgebendere Betreuung inne hatte, schwierig. Dennoch ist, wenn wie hier die gemeinsame Obhut ausser Betracht fällt, die Obhut einem Elternteil zuzuteilen. Der ebenfalls nicht unwesentlichen Betreuung durch den anderen Elternteil ist mit einem ausgedehnten Besuchsrecht Rechnung zu tragen.

Zunächst ist zu ermitteln, ob die Berufungsbeklagte tatsächlich in der bisherigen Betreuung und Aufgabenteilung für die Kinder die massgebendere Bedeutung hatte.

2.8. Der Berufungskläger bringt vor, die Parteien hätten die Kinder selten gemeinsam betreut. Wenn die Berufungsbeklagte die Kinder betreut habe, dann habe der Berufungskläger die Zeit genutzt, um zu arbeiten. Umgekehrt habe die Berufungsbeklagte gearbeitet, wenn der Berufungskläger die Kinder betreut habe. Sodann führt er aus, er habe die Kinder jeweils von Montagmorgen früh bis Mittwochmorgen (inkl. zwei Nächte) alleine betreut, während die Berufungsbeklagte die Kinder nur am Donnerstag (bis abends ca. 19.00 Uhr) alleine betreut habe (act. 2 S. 7).

Geht man davon aus, eine gemeinsame Betreuung habe selten stattgefunden, damit der andere Elternteil jeweils arbeiten konnte, stellt sich die Frage, wer die Betreuung mittwochs, freitags, samstags und sonntags übernommen hat. Es kann jedenfalls nicht einfach auf die aufgrund der Ortsabwesenheit (J._____ bzw. F._____) fixen Betreuungstage abgestellt und so auf eine häufigere Betreuung durch den Berufungskläger geschlossen werden. Konkrete Ausführungen, wie es sich an diesen Tagen verhielt, fehlen. Es muss aufgrund verschiedener Anhaltspunkte geschlossen werden, wem die massgeblichere Rolle in der Kinderbetreuung zukam. Es ist sodann der Vorinstanz beizupflichten, dass nicht bloss die Beaufsichtigung relevant ist, sondern beispielsweise auch die Organisation der Freizeit der Kinder.

2.9. Der Berufungskläger stellt sich auf den Standpunkt, es ergebe sich aus seinem 40%-Pensum als Dozent, dass er die Kinderbetreuung zu einem grösseren Teil innehat, da die Berufungsbeklagte in einem 100%-Pensum angestellt ist. Dem ist entgegen zu halten, dass der Berufungskläger daneben einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht. Selbst wenn man davon ausgeht, ein 60%-Pensum als selbständig Erwerbstätiger entspreche einem 60%-Pensum als Angestellter, biete aber mehr Flexibilität, bleibt es insgesamt bei einer 100% Berufstätigkeit des Berufungsklägers. Das erzielte Einkommen untermauert die Annahme, dass der Berufungskläger insgesamt zu 100% erwerbstätig ist. Dass der Berufungskläger bei der Einteilung seiner Arbeit gewisse Freiheiten hat, ändert daran nichts, ist doch auch die Berufungsbeklagte ziemlich frei bei der Einteilung ihrer Arbeit (abgesehen von den fixen Unterrichtstagen). Jedenfalls ergibt sich daraus nicht per se ein grösserer Betreuungsanteil des Berufungsklägers. Die Berufungsbeklagte führt sodann aus, dass ihre wöchentliche Arbeitszeit trotz 100%-Pensum nur 18 Stunden betrage und sie ausserdem lediglich während 30 Wochen in Deutschland unterrichte, hingegen während den übrigen 22 Wochen die ganze Woche in Zürich sei. Die Argumentation des Berufungsklägers, er habe mehr Zeit und somit die Kinder auch mehr betreut, überzeugt nicht.

2.10. Zur E-Mail des Berufungsklägers an die Berufungsbeklagte vom 21. Mai 2011 führte der Berufsgegner vor Vorinstanz aus, dieses sei bloss entstanden, weil die Berufungsbeklagte von ihm verlangte, dass er ihr schriftlich bestätige, was er an ihr schätze. Er habe versucht, seine Wertschätzung zum Ausdruck zu bringen (act. 7/48 S. 29). Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, wird damit der Wahrheitsgehalt der Aussagen nicht bestritten. Nun fügt der Berufungskläger an, er bringe mit dieser E-Mail nicht zum Ausdruck, dass die Berufungsbeklagte die Kinder mehr betreut habe als er, sondern nur, dass sie sich auch um die Kinder kümmere, und dass er sich so mehr um seine geschäftlichen Aktivitäten kümmern könne als wenn sie das nicht tun würde. Diese Interpretation überzeugt nicht. Zum einen zielt diese Ausführung lediglich auf die Aussage, "B. _____ - is taking care of the children so that I can take focus more on I. _____'s business and deal with deadlines". Dass damit gemeint sein sollte, der Berufungskläger sei bloss froh, die Berufungsbeklagte kümmere sich jeweils am Donnerstag (Anstellung in

J._____) um die Kinder sowie noch an einem oder höchstens zwei Tagen mehr (Arbeit für I._____), ist nicht überzeugend. Zum anderen führt der Berufungskläger in der E-Mail weiter aus, dass die Berufungsbeklagte alle Ausflüge und Ferien organisiere (Planung, Buchung, Packen für drei Personen – also für sich und die beiden Kinder), und dass sie sich um die Ausbildung und Gesundheitsorge für C.____ und D.____ kümmere sowie Nanny und Putzfrau organisiere (act. 7/41/4). Den Wahrheitsgehalt dieser Aussagen bestreitet der Berufungskläger wie ausgeführt nicht. Auch können diese Aussagen nicht so gedeutet werden, dass auch der Berufungskläger solche Aufgaben erledigt hat.

Der Schluss der Vorinstanz, aus der E-Mail gehe klar hervor, dass die Berufungsbeklagte die Kinder mehr betreut und einen grossen Teil der Familienorganisation übernommen habe (act. 3/1 = 7A = 7/61 S. 13), ist somit zu bestätigen.

2.11. Die Bestätigung von H.____ vom 12. Oktober 2012 (act. 7/41/8 S. 1), wonach die Berufungsbeklagte sich primär um die Kinder kümmerte, bezieht sich – wie der Berufungskläger zu Recht vorbringt – auf die Zeit in I.____ (bis August 2009) sowie einen Besuch im Oktober 2009 in der Schweiz. Dies führt H.____ denn auch selber aus. Der Inhalt wird vom Berufungskläger nicht in Abrede gestellt. Er bringt lediglich vor, H.____ könne keine Aussagen über die letzten vier Jahre machen (act. 2 S. 7).

Dem ist entgegen zu halten, dass vorliegend Anhaltspunkte fehlen, wonach die offenbar in Amerika gelebte Aufgabenteilung sich mit dem Umzug in die Schweiz wesentlich verändert haben soll. Auch führt der Berufungskläger nicht aus, weshalb es zu einer Veränderung der bisher gelebten Verteilung gekommen sein sollte. Zwar hat der Berufungskläger sein Pensum der selbständigen Erwerbstätigkeit reduziert, dies stand jedoch mit der Festanstellung an der Fachhochschule im Zusammenhang. Aus den Buchhaltungszahlen der Firmen des Berufungsklägers ergibt sich, dass er jedenfalls nach wie vor für diese aktiv gewesen ist.

Zwar war die mit dem Umzug in die Schweiz auch die Dozententätigkeit der Berufungsbeklagten in Deutschland verbunden, weshalb zu diesem Zeitpunkt der Berufungskläger insofern allenfalls weitere Betreuungsaufgaben übernahm. Jedoch

ist eine hälftige oder gar überwiegende Betreuung durch den Berufungskläger nicht glaubhaft. Zudem hat die Berufungsbeklagte vor Vorinstanz ausgeführt, D._____ anfangs jeweils mit nach Deutschland genommen zu haben. Dies blieb unbestritten.

2.12. Gegen die Bestätigung von M._____ (act. 7/41/8 S. 2) bringt der Berufungskläger vor, es sei eine reine Parteibehauptung, da das Schreiben nicht unterzeichnet und es ungewiss sei, wer es verfasst habe. Auch sei der Inhalt dieses Schreibens absolut falsch (act. 2 S. 7).

Dem E-Mail-Schreiben fehlen tatsächlich die Angaben der Absender- und Empfängeradresse sowie Datum und Betreff. Jedoch ist Urkundenfälschung nicht leichthin anzunehmen. Sodann ist die klägerische Bestreitung "Der Inhalt dieses E-Mailschreibens ist absolut falsch" ungenügend substantiiert. Der Berufungskläger unterlässt eine konkrete Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Schreibens. M._____ spricht von ihrer Beziehung zu den Parteien, von der Zeit in den USA und dem Umzug in die Schweiz, von gemeinsamen Skiferien (bei denen der Berufungskläger auch zwei Tage anwesend gewesen sein soll), von einem Vorkommnis in der Badeanstalt, usw. Die Bestreitung des Berufungsklägers ist mangels Substantiierung unbeachtlich.

Dem Einwand der Parteibehauptung ist entgegen zu halten, dass solche Bestätigungen sehr wohl objektive Anhaltspunkte darstellen, welche eine Parteibehauptung glaubhaft zu machen vermögen.

2.13. Zum Schreiben von N1._____ (wohl gemeint N2._____; act. 7/41/8 S. 3) bringt der Berufungskläger vor, dieses sei ohne Beweiswert. Tatsächlich hätten die Parteien die Kinder selten gemeinsam betreut. Sodann sei sie eine Freundin der Berufungsbeklagten, weshalb sie die Zeit primär mit der Berufungsbeklagten und den Kindern verbracht habe. Im Übrigen stelle auch dies lediglich eine Parteibehauptung dar (act. 2 S. 7).

N2._____ führt aus, wann sie Zeit mit den Parteien verbracht und wie sich die Betreuung aus ihrer Sicht gestaltet habe.

Betreuen die Parteien die Kinder in der Regel alleine und nur selten gemeinsam, ist dem Berufungskläger insoweit zuzustimmen, als dass die Freunde der Parteien diesen Elternteil wohl öfter alleine mit den Kindern sehen, als den anderen Elternteil während dessen Betreuungszeiten. Auch würde dann nicht erstaunen, wenn die Freunde im Bezug auf den Obhutsstreit nicht noch betonen, wie oft sie den Elternteil auch ohne Kinder getroffen hätten. Jedoch hat der Berufungskläger keine Schreiben seiner Freunde vorgelegt, worin diese bestätigen würden, ihn (vor der Trennung) regelmässig alleine mit den Kindern getroffen zu haben, gemeinsame Ferien ohne den anderen Elternteil verbracht zu haben oder dabei gewesen zu sein, wenn er die Kinder mit zu seinen Eltern genommen habe. Somit hat die Bestätigung von N2. _____ dennoch eine gewisse Aussagekraft, auch wenn sie nicht ständig in der Nähe der Parteien war und über die genaue Betreuungsaufteilung Montag bis Sonntag keine Auskunft geben kann.

2.14. Die Vorinstanz führt sodann zutreffend aus, dass die vom Berufungskläger eingereichten Bestätigungen von Familienmitgliedern und Bekannten keine Aussagen über das Betreuungsverhältnis beinhalten (bspw. act. 7/16/31 und 7/16/32; act. 3/1 = 7A = 7/61 S. 13). Hierzu äussert sich der Berufungskläger denn auch nicht weiter.

2.15. Die Berufungsbeklagte vermochte somit glaubhaft zu machen, dass ihr der massgebendere Teil der Kinderbetreuung zukommt. Die Kinder unter ihre Obhut zu stellen, kommt dem Erfordernis der familiären Stabilität nach. Die Kinder sollen dort bleiben, wo sie schon waren, nämlich bei ihrer wichtigsten Bezugsperson. Dies bewirkt Beziehungs- und Erlebniskontinuität. Offen bleiben können dabei die Fragen, ob der Berufungskläger tatsächlich nur sechs Mal pro Jahr für drei bis vier Tage (inkl. Reise) nach I. _____ fliegt und ob er seine Tätigkeit ausser am Donnerstag jeweils vollumfänglich während der schul- bzw. kindergartenbedingten Abwesenheit ausüben kann.

2.16. Zuzustimmen ist der Vorinstanz, wenn sie ausführt, die Kooperationsbereitschaft und Bindungstoleranz fehle auf beiden Seiten (act. 3/1 = 7A = 7/61 S. 15 ff.).

2.17. Der Berufungskläger führt sodann das Erfordernis der örtlichen Stabilität ins Feld. Die Berufungsbeklagte würde mit den Kindern nach Deutschland ziehen und die Kinder damit aus der gewohnten Umgebung (Zürich, Schule/Krippe, Spielkameraden, Wohnung, etc.) gerissen. Die Kinder seien hier in der Schweiz – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – stark verwurzelt, hätten sie doch fast ihr ganzes Leben in Zürich verbracht und könnten sie sich an die Zeit in I._____ nicht oder kaum mehr erinnern (act. 2 S. 10 f.).

Es ist zwar zutreffend, dass die Kinder bestenfalls in der gewohnten Umgebung verbleiben und nicht aus dem örtlichen Umfeld gerissen werden sollten. Da aber vorliegend glaubhaft ist, dass der Berufungsbeklagten bei der Kinderbetreuung die massgebendere Rolle zukommt, ist der örtlichen Stabilität etwas weniger Gewicht beizumessen. Dem Erfordernis ist sodann genüge getan, indem der Berufungsbeklagten die Familienwohnung einstweilen zugeteilt wird und – wie unten ausgeführt (siehe III.4.) – ein Wegzug ins Ausland unter Auflagen gestellt wird. Ausserdem kann, wie die Berufungsbeklagte ausführt, auch auf Seiten des Berufungsklägers ein Umzug nicht gänzlich ausgeschlossen werden, liegt doch sein Arbeitsort in J._____. Diese Gefahr scheint nun zwar etwas geringer, nachdem der Berufungskläger bei seiner neuen Partnerin in Zürich wohnt, doch besteht sie nach wie vor.

2.18. Die neuen Tatsachen zur Wohnsituation der Parteien (act. 18 und 21) sprechen weder für noch gegen die Zuteilung der Obhut an den einen oder den anderen Elternteil. Insbesondere ist aus dem Umstand, dass der Berufungskläger zusammen mit seiner neuen Partnerin und deren Kinder wohnt, keine Gefährdung des Kindeswohls von C._____ und D._____ ersichtlich.

2.19. Zusammenfassend ist die vorinstanzliche Regelung der Obhut zweckmässig. Sie beruht auf sachlichen Kriterien und ist verständlich. Die diesbezügliche Berufung ist somit abzuweisen und die Zuteilung der Obhut an die Berufungsbeklagte ist zu bestätigen. Dem Berufungskläger wird an Stelle der Obhut ein ausgedehntes Besuchsrecht eingeräumt. Anzuführen bleibt, dass das Verhalten der Parteien während der Dauer des Scheidungsprozesses, namentlich auch das

Wahren der Rechte des anderen, zweifelsohne zu beachten sein wird für die definitive Festsetzung im Rahmen der Scheidung.

3. Besuchsrecht

Der Berufungskläger erklärt, mit dem ihm vor Vorinstanz eingeräumten Besuchsrecht einverstanden zu sein, sollte das Obergericht die Zuteilung der Obhut an die Berufungsbeklagte bestätigen (act. 2 S. 12).

Nachdem es bei der Obhutzuteilung an die Berufungsbeklagte bleibt, rechtfertigt es sich, dem Berufungskläger das ausgedehnte Besuchsrecht zu belassen. Dieses liegt auch im Interesse der Kinder.

4. Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts

4.1. Die Vorinstanz führt zur Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts gestützt auf den Bundesgerichtsentscheid BGE 136 III 353 im Wesentlichen aus, dass die Bestimmung des Aufenthaltes grundsätzlich ein Teil der rechtlichen Obhut darstelle und im Ermessen der obhutsberechtigten Person liege. Eine Weisung gemäss Art. 307 ZGB, womit der Wegzug ins Ausland untersagt würde, komme nur in Frage, wenn das Kindeswohl durch einen Wegzug ins Ausland ernsthaft gefährdet würde. Anfängliche Integrations- und/oder sprachliche Schwierigkeiten würden in aller Regel keine ernsthafte Gefährdung begründen, da dies jedem Wechsel des Wohnortes inhärent sei. Diese Schwierigkeiten würden auch auftreten, wenn die ganze Familie einvernehmlich wegzöge. Es sei zu bedenken, dass die Kinder nicht bereits seit Geburt in der Schweiz leben, sondern erst seit dem Jahr 2009, so dass eine so starke Verwurzelung mit der Schweiz nicht erkennbar sei. Schliesslich führe der Berufungskläger selber aus, die Berufungsbeklagte habe keinerlei Bindung zur Schweiz, da sie erst seit September 2009 hier lebe. Dass die Ausübung des Besuchsrechts erschwert würde, stelle für sich alleine kein Grund dar, den Wegzug zu verbieten. Eine Kindeswohlgefährdung im Falle eines Umzugs nach Deutschland liege hier nicht vor. Entsprechend werde auf die Anordnung einer Weisung nach Art. 307 ZGB verzichtet (act. 3/1 = 7A = 7/61 S. 18 ff.).

4.2. Der Berufungskläger bringt dagegen vor, die Kinder würden sich an den ersten Umzug von den USA in die Schweiz nicht mehr erinnern können. Sie hätten lange Zeit ihres Lebens in Zürich verbracht und seien deshalb auch hier verwurzelt. Insbesondere sei die vorinstanzliche Erwägung abwegig, wonach von der fehlenden Bindung der Berufungsbeklagten zur Schweiz auch auf die Kinder geschlossen werde. Es sei zu beachten, dass die Kinder fast ihr gesamtes Leben hier verbracht hätten. Dies sei nicht zu vergleichen mit der 45jährigen Berufungsbeklagten, bei der die Zeit seit 2009 keinen bedeutenden Zeitraum darstelle. Umzüge würden für Kinder eine Belastung darstellen, das anerkenne auch die Vorinstanz. Sodann habe die Vorinstanz festgehalten, ein Besuchsrecht des Berufungsklägers nur jedes zweite Wochenende würde dem Kindeswohl widersprechen, weshalb ein Besuchsrecht vorgesehen worden sei, mit welchem faktisch eine hälftige Betreuung der Kinder angeordnet wurde. Dieses Besuchsrecht könnte nicht mehr aufrecht erhalten werden, wenn die Berufungsbeklagte mit den Kindern nach G._____ ziehen würde. Selbst wenn der Berufungskläger flexibel sei bei der Einteilung seiner Arbeitszeit, habe er doch Kunden in der Schweiz zu treffen. Der Schwerpunkt seiner geschäftlichen Aktivität liege in der Schweiz. Eine Zweitwohnung in G._____ könne er sich nicht leisten. Somit würde er die Kinder nur noch selten sehen können. Der Entscheid der Vorinstanz sei widersprüchlich, da sie ausführe, bereits eine Reduktion der Kontakte zwischen dem Berufungskläger und den Kindern würde dem Kindeswohl widersprechen, jedoch nicht beachte, dass es umso mehr dem Kindeswohl widersprechen würde, wenn er die Kinder nur noch in den Ferien sehen könnte. Durch den Umzug würden die Kinder faktisch eine ihrer beiden Hauptbezugspersonen verlieren. Dem sei Rechnung zu tragen und das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Berufungsbeklagten zu beschränken (act. 2 S. 13 f.).

4.3. Die Berufungsbeklagte führt diesbezüglich aus, die Kinder könnten Hochdeutsch sprechen. Hinzu komme, dass sie durch ihr wöchentliches Pendeln bewiesen habe, dass ihr Arbeitsort leicht erreichbar sei, weshalb ein Umzug an ihren Arbeitsort in Deutschland das ausgedehnte Besuchsrecht des Berufungsklägers nicht vereiteln würde. Überdies habe bereits die Vorinstanz ausgeführt, dass das Kindeswohl durch einen Umzug nach Deutschland wohl kaum gefährdet wäre.

Die Berufungsbeklagte verweist sodann auf den von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsentscheid. Eine Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts wäre ihres Erachtens sodann völlig unverhältnismässig. Nur weil sie Partei in einem Scheidungsverfahren sei, dürfe sie nicht ohne gravierende Argumente ihre Selbstbestimmung verlieren (act. 13 S. 5 f.).

4.4. Aus dem geltenden Gesetzestext ergibt sich nicht, ob und unter welchen Voraussetzungen der alleine obhutsberechtigte Elternteil im Falle gemeinsamer elterlicher Sorge mit den Kindern ins Ausland verziehen darf. Deshalb wurden hierfür in der Vergangenheit durch die höchstrichterliche Rechtsprechung Grundsätze entwickelt. In dem von der Vorinstanz zitierten BGE 136 III 353 vom 1. Juni 2010 hat sich das Bundesgericht mit den Fragen auseinander gesetzt, welche Rechte die Obhut beinhaltet und unter welchen Voraussetzungen das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhutinhabers beschränkt werden kann. Das Bundesgericht führte aus, dass die Bestimmung des Aufenthaltes grundsätzlich einen Teil der Obhut darstelle und es im Ermessen der obhutsberechtigten Person liege, auch ins Ausland zu ziehen. Eine Weisung gemäss Art. 307 ZGB, womit der Wegzug ins Ausland untersagt werden könne, komme nur in Frage, wenn das Kindeswohl durch einen Wegzug ins Ausland ernsthaft gefährdet würde. Dass die Besuchsrechtsausübung bei grösserer Distanz zunehmend erschwert werde – zwar nicht rechtlich, wohl aber faktisch – sei indes für sich allein kein Grund, dem getrennten und allein obhutsberechtigten Ehegatten den Wegzug ins Ausland zu verbieten, jedenfalls wenn mit dem anderen Elternteil weiterhin ein persönlicher Verkehr möglich bleibe und der Wegzug auf sachlichen Gründen beruhe (E. 3.3).

Danach ist es der obhutsberechtigten Partei grundsätzlich erlaubt, zusammen mit den Kindern in das nähere europäische Ausland umzuziehen. Vorliegend geht es um einen Umzug nach G._____, Deutschland. Örtlich gesehen wäre dieser Umzug somit unter dieser Rechtsprechung nicht zu beanstanden.

Es ist jedoch zu beachten, dass es im Interesse der Kinder ist, zu beiden Elternteilen den bisher gelebten und mit dem ausgedehnten Besuchsrecht auch weiterhin vorgesehenen intensiven Kontakt zu halten. Die Vorinstanz hat zum Besuchsrecht ausgeführt, es würde zum jetzigen Zeitpunkt nicht dem Kindeswohl entspre-

chen, wenn die Kinder den Berufungskläger nur noch jedes zweite Wochenende sehen könnten. Deshalb wurde dem Berufungskläger ein Besuchsrecht eingeräumt, wonach die Kinder Montag Abend bis Mittwoch Morgen (1 ganzer Tag, 2 Nächte), sodann Samstag Morgen bis Mittwoch Morgen (4 ganze Tage, 4 Nächte), dann wieder Montag Abend bis Mittwoch Morgen (1 ganzer Tag, 2 Nächte) usw. bei ihm sind (act. 3/1 = 7A = 7/61 S. 24 f.). Somit betreut der Berufungskläger die Kinder in zwei Wochen, d.h. 14 Tagen, während fünf Tagen und sechs Nächten. Dies ist zwar keine exakt hälftige Betreuung, jedoch ist der Betreuungsanteil des Berufungsklägers in der Tat hoch. Es ist dem Berufungskläger zuzustimmen, dass ein Umzug nach G._____ sein ausgedehntes Besuchsrecht erheblich erschweren würde, zumal er die Kinder aufgrund deren Schul- oder Kindergartenpflicht nicht einfach mit zu sich in die Schweiz nehmen könnte. Auch kann dem Berufungskläger nicht zugemutet werden, in der Nähe der Kinder (Zweit-)Wohnsitz zu nehmen. Zur Frage, wie das ausgedehnte Besuchsrecht im Falle eines Umzugs konkret umgesetzt bzw. beibehalten werden könnte, äussert sich die Berufungsbeklagte nicht. Sie führt lediglich aus, dass ihr Arbeitsort leicht erreichbar sei, habe sie diese Strecke doch bisher wöchentlich auf sich genommen, weshalb ein Umzug das ausgedehnte Besuchsrecht nicht vereiteln würde. Jedoch darf bereits der Weg von Zürich nach G._____ oder F._____ nicht unterschätzt werden, führt doch auch die Berufungsbeklagte selbst an anderer Stelle aus, der Arbeitsweg nach F._____ sei äusserst anstrengend und eigentlich nicht zumutbar (act. 13 S. 6 Rz 15).

Somit würde sich bei einem Umzug das Betreuungsverhältnis zwischen den Parteien verschieben, selbst wenn sich die Parteien grösste Mühe geben würden, die intensive Betreuung durch beide Elternteile beizubehalten. Deshalb müsste man sich fragen, ob in dieser Konstellation, bei der das vorgesehene Besuchsrecht weit über übliche Besuchsrechte hinausgeht, die faktische Erschwerung des Besuchsrecht im Falle eines Umzugs nach G._____ genügte, um von einer ernsthafter Gefährdung des Kindeswohls auszugehen.

4.5. Hinzu kommt jedoch ohnehin, dass diese bundesgerichtliche Praxis, wonach ein Umzug ins Ausland grundsätzlich keine Kindeswohlgefährdung darstellt, heute

kaum noch haltbar ist, nachdem National- und Ständerat am 21. Juni 2013 in Kenntnis der Rechtsprechung eine Änderung der diesbezüglichen Gesetzeslage angenommen haben (vgl. www.ejpd.admin.ch, Themen, Gesellschaft, Gesetzgebung, Elterliche Sorge). Der neue Artikel 301a E-ZGB (BBl 2013 4763, 4767) klärt das Verhältnis zwischen der elterlichen Sorge und dem Recht zur Bestimmung des Aufenthaltsortes. Dieses Recht ist neu – anders als es von der Rechtsprechung bisher gehandhabt wurde – zwingend Teil der elterlichen Sorge. Dem Eheschutz- bzw. Massnahmegericht ist es künftig verwehrt, den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge zu belassen und gleichzeitig einem Elternteil allein das Recht zu überlassen, über den künftigen Aufenthaltsort des Kindes zu befinden. Können sich die Eltern nicht einigen, so liegt es am Gericht bzw. an der Kindeschutzbehörde, zu entscheiden. Der Entscheid hat sich dabei vorrangig am Wohl des Kindes zu orientieren. In diesem Sinn kann einem Elternteil der Wegzug erlaubt werden, allenfalls unter Neuregelung der Betreuung und des persönlichen Verkehrs. Denkbar ist aber auch, dass das Gericht einen Wegzug verbietet. Speziell geregelt ist der Fall, dass ein Elternteil seinen Aufenthaltsort ins Ausland verlegen will. Anders als bei einem Wohnsitzwechsel innerhalb der Schweiz setzt ein Wegzug ins Ausland immer, d.h. auch wenn der Vorgang keine erheblichen Auswirkungen auf die Wahrnehmung der elterlichen Sorge hat, das Einverständnis des andern Elternteils oder eine gerichtliche/behördliche Bewilligung voraus (siehe Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 9077, 9107 f.). Die Frist für das fakultative Referendum zu diesen neuen gesetzlichen Regelungen läuft bis zum 10. Oktober 2013. Aufgrund der aktuellen Informationen ist nicht mit dem Ergreifen des Referendums zu rechnen. Das neue Recht wird somit wohl anfangs 2014 in Kraft treten.

Da bisher eine gesetzliche Regelung zum Inhalt der Obhut fehlte, stellt die Berücksichtigung des Entwurfs zum heutigen Zeitpunkt auch keinen Fall der (unzulässigen) Vorwirkung dar. Vielmehr handelt es sich um eine (zulässige) Vorberücksichtigung im Rahmen der Auslegung des geltenden Rechts, zumal das geltende Recht nicht ändert, sondern dieses lediglich verdeutlicht bzw. konkretisiert wird. Entsprechend ist festzustellen, dass ein Umzug der obhutsberechtigten Partei ins Ausland geeignet ist, das Kindeswohl zu gefährden.

4.6. Unter den Gesichtspunkten, dass ein Umzug ins Ausland geeignet ist, das Kindeswohl zu gefährden, dass die Berufungsbeklagte sich für Objekte in G._____ interessiert (was der Berufungskläger glaubhaft gemacht hat) und deshalb ein Umzug der Berufungsbeklagten nach Deutschland ein realistisches Szenario darstellt, ist eine Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts anzuordnen.

4.7. Die Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts muss sodann verhältnismässig sein. Sie darf nur soweit erfolgen, dass sie den Zweck noch erreicht, aber nicht stärker als nötig in die Freiheit eingreift. Für die Ausgestaltung der Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist ebenfalls der Gesetzesentwurf zu beachten. Im Lichte dieser Regelung ist jedenfalls kein absolutes Verbot anzuordnen, wie es der Berufungskläger fordert. Vielmehr ist analog zu Art. 301a Abs. 2 lit. a E-ZGB anzuordnen, dass die Berufungsbeklagte den Aufenthaltsort der Kinder nur mit Zustimmung des Berufungsklägers oder des Massnahmegerichts ins Ausland verlegen darf. Hat die Berufungsbeklagte somit ein konkretes Vorhaben für das Verlegen ihres Wohnsitzes ins Ausland, muss sie – wenn der Berufungskläger seine Zustimmung verweigert – den Antrag im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme dem Scheidungsrichter vorlegen. Dieser hat dann, unter Würdigung aller Umstände, namentlich auch der Gründe des Umzugs und der Details zum Ort, zu entscheiden, wie es sich beim konkreten Wohnsitz mit dem Kindeswohl verhält. Beispielsweise scheint ein Wohnsitz in G._____ nahe des Hauptbahnhofes eher denkbar, als ein Wohnsitz weit ausserhalb der Stadt, von welchem aus bereits der Weg zum nächst grösseren Bahnhof mit Anschluss nach Zürich viel Zeit in Anspruch nimmt.

4.8. Die Berufung ist somit insoweit gutzuheissen, als dass der Berufungsbeklagten zu untersagen ist, den Aufenthaltsort der Kinder ohne Zustimmung des Berufungsklägers oder des Massnahmegerichts ins Ausland zu verlegen.

5. Zuteilung der ehelichen Wohnung

Der Berufungskläger setzt sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen zur Zuteilung der ehelichen Wohnung sowie dem Hausrat nicht auseinander. Er führt ledig-

lich aus, dass er davon ausgehe, dass ihm die Obhut zugesprochen werde. Er werde die Kinder dann in der ehelichen Wohnung betreuen (act. 2 S. 15).

Da die Zuteilung der Obhut an die Berufungsbeklagte zu bestätigen ist, bleibt es mangels Rügen zu den Erwägungen über die Zuteilung der ehelichen Wohnung samt Hausrat und Mobiliar bei der vorinstanzlichen Regelung. Diese scheint denn auch angemessen.

6. Unterhaltsbeiträge

6.1. Wie unter Ziffer II ausgeführt, kann auf die Berufung nur soweit eingetreten werden, als bestimmte und – sofern es um Unterhaltsbeiträge geht – bezifferte Anträge vorliegen. Fehlt ein solcher Antrag, ist auf das Begehren nicht einzutreten und zwar auch dann nicht, wenn es um Kinderunterhaltsbeiträge geht (BGE 137 III 617, E. 4-6). Ausnahmsweise kommt nur dann noch ein Eintreten in Frage, wenn sich aus der Begründung ergibt, welcher Geldbetrag zuzusprechen ist (BGer 5A_855/2012 vom 13. Februar 2013, E. 3.3.2).

6.2. Der Berufungsantrag des Berufungsklägers zu den Unterhaltsbeiträgen bezieht sich im ersten und zweiten Absatz auf den Fall, dass die Kinder ihm zugeteilt werden (act. 2 S. 3 Ziff. 6). Dies ergibt sich auch aus der Begründung (act. 2 S. 35 ff. i.V.m. S. 40 f.). Lediglich der dritte Absatz des Antrags Ziffer 6, wonach der Berufungskläger berechtigt zu erklären sei, Unterhaltsbeiträge an die Berufungsbeklagte und die Kinder im Umfang von Fr. 2'920.50 direkt an den Vermieter tilgen zu dürfen, solange die Berufungsbeklagte in der ehelichen Wohnung wohne, betrifft den Fall, in dem die vorinstanzliche Obhutszuteilung bestätigt wird. Da die Obhutszuteilung an die Berufungsbeklagte zu bestätigen ist, sind die Anträge gemäss erstem und zweiten Absatz von Ziffer 6 sogleich abzuweisen.

Ein Eventualantrag, inwieweit die an die Berufungsbeklagte und die Kinder zu entrichtenden Unterhaltsbeiträge infolge unrichtiger Berechnung des Einkommens zu reduzieren seien, fehlt. Auch aus der Begründung ist nicht ersichtlich, welche Beträge gemäss Ansicht des Berufungsklägers der Berufungsbeklagten und den Kindern zuzusprechen wären, sollte die vorinstanzliche Obhutszuteilung bestätigt

werden. Aus den Rügen zur Berechnung des Einkommens und des Bedarfs können diese Beträge jedenfalls nicht ohne Weiteres abgeleitet werden. Auch die Ausführung unter dem Titel Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung, wonach die zugesprochenen Unterhaltsbeiträge massiv überhöht seien, da die Unterhaltsbeiträge auf einem rund Fr. 3'000.– pro Monat zu hohen Einkommen des Berufungsklägers beruhten (act. 2 S. 49), genügt der Bezifferungsanforderung nicht. Ebenso hilft der pauschale Verweis auf die im erstinstanzlichen Verfahren gemachten Ausführungen (act. 2 S. 15) nicht weiter, hat der Berufungskläger doch dort ebenfalls lediglich für den Fall der Obhutszuteilung an ihn einen konkreten Antrag auf Zusprechung von Kinderunterhalt gestellt und im Übrigen verlangt, es seien keine Unterhaltsbeiträge festzulegen (act. 7/15 S. 2). Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, ohne entsprechenden Antrag oder konkrete Ausführungen diese Beträge von sich aus zu ermitteln. Wollte somit der Berufungskläger mit seinen Rügen zur vorinstanzlichen Berechnung seines Einkommens sowie des Bedarfs eventualiter – für den Fall der Bestätigung der Obhutszuteilung an die Berufungsbeklagte – ebenso eine Reduktion der von ihm zu leistenden Unterhaltsbeiträge erreichen, ist auf dieses Begehren mangels beziffertem Antrag nicht einzutreten.

6.3. Hingegen kann auf den Antrag im dritten Absatz von Ziffer 6, die Unterhaltsbeiträge an die Berufungsbeklagte und die Kinder im Umfang von Fr. 2'920.50 pro Monat mit Zahlung an den Vermieter tilgen zu dürfen, eingetreten werden.

Der Berufungskläger begründet diesen Antrag damit, dass er für die eheliche Wohnung als Alleinmieter für den gesamten Mietzins hafte. Deshalb sei er berechtigt zu erklären zur Tilgung des Unterhalts den Mietzins direkt an den Vermieter zu leisten (act. 2 S. 40).

Die Berufungsbeklagte beantragt die Abweisung dieses Antrags. Sie führt aus, es sei irrelevant auf wen der Mietvertrag laute, da es sich bei der Wohnung um eine Familienwohnung handle. Die Berufungsbeklagte werde besorgt sein, den Mietzins zu überweisen (act. 13 S. 15).

Dass der Berufungskläger gemäss Mietvertrag Alleinmieter der Familienwohnung ist, begründet keinen Anspruch, Unterhaltsbeiträge durch Zahlung an den Vermie-

ter tilgen zu dürfen. Unterhaltsbeiträge sind der unterhaltsberechtigten Person zu entrichten. Überdies wird wohl auch die Berufungsbeklagte in absehbarer Zeit eine andere Wohnung suchen, wurde ihr der Mietzins der zu teuren Familienwohnung doch lediglich bis Ende August 2013 im Bedarf berücksichtigt. Der genaue Zeitpunkt eines Wohnungswechsels ist jedoch nicht bestimmt, kann sie doch auch länger in der Wohnung bleiben und hierfür ihren Freibetrag bzw. ihr Gespartes ausgeben. Der Berufungskläger vermag keinen überzeugenden Grund darzulegen, weshalb eine entsprechende Anweisung erfolgen sollte. Leistet er die Unterhaltszahlungen fristgerecht, wird die Berufungsbeklagte in der Lage sein, ihren Zahlungspflichten nachzukommen.

6.4. Zur Überprüfung der Anrechnung bereits geleisteter Zahlungen fehlt es ebenfalls an einem genügenden Antrag des Berufungsklägers. Die diesbezüglichen Ausführungen in der Begründung beziehen sich zwar auf den Fall, dass er zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Kinder und die Berufungsbeklagte verpflichtet wird, jedoch sind darin auch Beträge aufgeführt, welche die Vorinstanz bereits berücksichtigt hat, beispielsweise die Zahlung gewisser Horkosten für C._____ (act. 2 S. 41 ff. i.V.m. act. 3/1 = 7A = 7/61 S. 51). Es fehlt die Angabe des Betrags, um welchen die von der Vorinstanz festgesetzten Unterhaltsbeiträge zu reduzieren sind. Entsprechend ist auch auf dieses Begehren nicht einzutreten.

Es ist jedoch Vormerk davon zu nehmen, dass die Berufungsbeklagte den Betrag von insgesamt Fr. 22'321.15 (Fr. 6'841.60 Krankenkasse nach KVG und VVG der Berufungsbeklagten und der Kinder + Fr. 287.05 ½ Kosten Hausratsversicherung + Fr. 590.– Gitarrenunterricht C._____ + Fr. 14'602.50 ½ Mietzins) als bereits geleistete Unterhaltsbeiträge anerkennt (act. 13 S. 15).

7. Prozesskostenvorschuss

7.1. Der Berufungskläger verlangt die Aufhebung der vorinstanzlichen Anordnung, wonach ihm kein Prozesskostenvorschuss zugesprochen wurde. Er beantragt, dass die Berufungsbeklagte verpflichtet wird, ihm für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 40'000.– zu bezahlen (act. 2 S. 3 f.).

Die Anträge um Prozesskostenvorschüsse für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren sind separat zu behandeln. Bezüglich des Prozesskostenvorschusses für das erstinstanzliche Verfahren handelt es sich um die Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids. Diesbezüglich sind neue Anträge grundsätzlich ausgeschlossen. Im Falle einer Gutheissung kann nur der vor Vorinstanz beantragte Betrag als Prozesskostenvorschuss für das erstinstanzliche Verfahren zugesprochen werden. Vor Vorinstanz stellte der Berufungskläger den Antrag, es sei ihm ein Prozesskostenvorschuss von mindestens Fr. 8'000.– zuzusprechen. Da Anträge genau beziffert werden müssen, führt die Bemerkung "mindestens" nicht dazu, dass auch höhere Beträge zugesprochen werden könnten. Aufgrund des Antrags können somit höchstens Fr. 8'000.– als Prozesskostenvorschuss für das erstinstanzliche Verfahren zugesprochen werden.

7.2. Die Vorinstanz wies den Antrag des Berufungsklägers um Prozesskostenvorschuss mit der Begründung ab, dass aufgrund der finanziellen Verhältnisse der Berufungsbeklagten davon abzusehen sei, sei diese doch nicht in der Lage, ihren Bedarf alleine mit ihrem Einkommen zu decken (act. 3/1 = 7A = 7/61 S. 54 f.).

7.3. Der Berufungskläger führt dagegen aus, nicht über einen massgebenden Freibetrag zu verfügen, mit welchem er die Verfahrenskosten und insbesondere auch die Kosten seiner Rechtsvertretung bezahlen könnte. Er verfüge gerade mal noch über ein Vermögen von knapp Fr. 5'500.–. Davon müsse er die nächsten Rechnungen und den Lebensunterhalt bezahlen. Sodann seien Steuerschulden von weit über Fr. 10'000.– ausstehend. Die Berufungsbeklagte hingegen verfüge über ein erhebliches Vermögen. Noch Ende 2010 habe ihr Vermögen mindestens Fr. 210'000.– betragen. Es sei davon auszugehen, dass sich ihr Vermögen seither nicht reduziert habe. Sie sei somit in der Lage, einen Prozesskostenvorschuss zu leisten. Es handle sich sodann um ein aussergewöhnlich aufwändiges Verfahren. Es sei bereits ein Aufwand von rund 100 Stunden angefallen. Das übliche Honorar der Vertreterin betrage Fr. 300.– pro Stunde (act. 2 S. 44 ff.).

7.4. Die Berufungsbeklagte führt dagegen aus, der Berufungskläger könne die Gerichtskosten sowie die Kosten für seine Rechtsvertretung aus seinem Einkommen bestreiten. Sodann stünden die bisher aufgelaufenen 100 Arbeitsstunden in

keinem Verhältnis zu einer Entschädigung, die einer unentgeltlichen Vertreterin nach Anwaltstarif entgolten würde. Auch stünden diese Stunden in keinem Verhältnis zu den von der Vertreterin der Berufungsbeklagten aufgewendeten Stunden, und hier ginge es doch um denselben Prozess mit gleicher Ausgangslage. Sodann könne sich der Berufungskläger offenbar Ferien auf Ibiza und ein Ferienhaus leisten, was aus dem eingereichten Kontoauszug ersichtlich sei. Ausserdem sei das Vermögen der Berufungsbeklagten nicht mehr auf dem Stand per Ende 2010. Ein grosser Teil des Vermögens sei in den letzten 2 ½ Jahren auch mangels Unterhaltszahlungen des Berufungsklägers für den Bedarf der Familie aufgewendet worden. Schliesslich hatte auch die Berufungsbeklagte für die Kosten des Prozesses und die ihrer Anwältin aufzukommen. Heute bestünden im Wesentlichen noch die Konten in Deutschland, welche allerdings die Altersvorsorge der Berufungsbeklagten darstellen würden. Die Pension in Deutschland sei vergleichbar mit der 1. Säule in der Schweiz und müsse durch weitere Vorsorgemodelle ergänzt werden. Die Berufungsbeklagte habe vorehelich zu diesem Zweck Ersparnisse in entsprechende Vorsorgekonti eingebracht. Sodann würden die Steuerschulden beide Parteien gleichsam belasten, weshalb diese im Zusammenhang mit dem Prozesskostenvorschuss nichts zur Sache tun würden. Zwar läge ein aufwändiger Prozess vor, jedoch könnten im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen bereits wesentliche Fragen geklärt werden (act. 13 S. 15 f.).

7.5. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens betreffend der unentgeltlichen Rechtspflege (Geschäft-Nr. PC130024-O) hat sich ergeben, dass dem Berufungskläger innert zwei Jahren lediglich ein Freibetrag von Fr. 8'272.– (12x Fr. 631.–, minus 2x Fr. 225.–, zuzüglich 10x Fr. 115.–) bleibt. Da im Beschwerdeverfahren die gleichen Einwendungen betreffend Einkommens- und Bedarfsberechnung erhoben wurden wie im Berufungsverfahren und diese dort umfassend geprüft wurden, kann ohne Weiteres auf die Erwägungen des Beschwerdeentscheids verwiesen werden. Entsprechend kann der Berufungskläger im Betrag von Fr. 8'272.– selber Prozesskosten tragen. Da jedoch die zu erwartenden Prozesskosten höher sein werden, ist ein Prozesskostenvorschuss notwendig. Sodann kann der Scheidungsprozess auch nicht als aussichtslos bezeichnet werden.

7.6. Der Berufungskläger stützt seine Behauptung, die Berufungsbeklagte könne als vermögend bezeichnet werden, auf die Steuererklärung 2010 (act. 7/16/43 letzte Seite). Die Berufungsbeklagte führte dagegen vor Vorinstanz aus, die Ersparnisse würden per Ende 2010 lediglich Fr. 71'809.– betragen, und nicht wie behauptet Fr. 210'000.– (act. 7/40 S. 19). Sie unterliess jedoch Ausführungen, wie sich der Betrag ihrer Ansicht nach zusammensetzt und weshalb beispielsweise bereits der Posten "B.____": gemäss separater Aufstellung, Steuerwert am 31.12.2010 CHF 127'293" ausweist, sie aber nicht einmal in diesem Umfang über Vermögenswerte verfügen soll. Weder hat sie diesen Widerspruch geklärt, noch hat sie Belege zu ihrem Vermögen eingereicht. In der Berufungsantwort führt die Berufungsbeklagte sodann aus, ihr Vermögen sei bis auf die Konten in Deutschland verbraucht. Auch hier fehlen klare und substantiierte Angaben sowie Belege.

Mangels substantiierter Bestreitung muss davon ausgegangen werden, dass das in der Steuererklärung 2010 ausgewiesene Vermögen von rund Fr. 210'000.– noch vorhanden ist. Anzumerken ist aber, dass selbst wenn man der Darstellung der Berufungsbeklagten folgen würde, noch immer von einem Vermögen von mindestens Fr. 35'000.– auszugehen wäre. Mit diesem Betrag sind nämlich die beiden deutschen Konten in der Steuererklärung 2010 aufgeführt. Auch mit diesem Vermögensstand wäre die Berufungsbeklagte ohne Weiteres in der Lage, dem Berufungskläger einen Prozesskostenvorschuss zu leisten, ohne dass ihr Recht auf einen sogenannten "Notgroschen" – der auf rund Fr. 20'000.– festzusetzen ist – sogleich tangiert würde. Der Einwand, es handle sich dabei um ihre Altersvorsorge, ist unbeachtlich, geht es doch lediglich um einen Vorschuss. Die Frage von Altersvorsorge wird im Zusammenhang mit der Scheidung zu klären sein. Ebenso die Frage, inwieweit der Vorschuss zurückzubezahlen ist.

7.7. Der Berufungskläger musste vor Vorinstanz bereits einen Kostenvorschuss von Fr. 2'250.– leisten (act. 7/9). Sodann wurde mit Verfügung vom 14. Mai 2013 von den Parteien gemeinsam ein weiterer Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– verlangt (act. 7/64). Davon wird der Berufungskläger wohl die Hälfte zu tragen haben. Der dann geleistete Kostenvorschuss von insgesamt Fr. 10'500.– sollte für die Deckung der erstinstanzlichen Gerichtskosten genügen. Somit ist davon aus-

zugehen, dass der Berufungskläger Gerichtskosten im Umfang von Fr. 5'250.– persönlich zu tragen hat. Vom errechneten Freibetrag von Fr. 8'272.– bleiben dem Berufungskläger nach Abzug dieser Kosten rund Fr. 3'000.–. Dieser Betrag genügt voraussichtlich nicht, die Kosten der anwaltlichen Vertretung zu begleichen.

7.8. Der Berufungskläger bringt zu den Kosten seiner Vertretung vor, es seien bereits jetzt Rechtsanwaltskosten von Fr. 30'000.– angefallen, indem schon fünf Rechtsschriften à 134 Seiten zu den vorsorglichen Massnahmen erforderlich gewesen seien. Es sei bereits ein Aufwand von rund 100 Stunden angefallen. Das übliche Honorar betrage Fr. 300.– pro Stunde.

Die Bemessung der Entschädigung eines Rechtsvertreters für die Bestimmung des Prozesskostenvorschusses ist kein exakter, mathematisch nachrechenbarer Vorgang. Es muss eine naturgemäss mit Unabwägbarkeiten behaftete Prognose über zukünftige Kosten gestellt werden, weshalb das Gericht grosses Ermessen ausüben muss. Das Ermessen ist aber dadurch eingeschränkt, dass von der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (nachfolgend Anw-GebV) auszugehen ist. Für Scheidungsverfahren ist gemäss § 6 i.V.m. § 5 Anw-GebV in der Regel eine Entschädigung von Fr. 1'400.– bis Fr. 16'000.– vorgesehen. Gestalten im Verfahren enthaltende vermögensrechtliche Rechtsbegehren das Verfahren aufwändig, kann die Grundgebühr bis zum Betrag erhöht werden, der für den Entscheid über die vermögensrechtlichen Rechtsbegehren allein zu erheben wäre.

Vorliegend rechtfertigt es sich trotz der eher aufwändigen Berechnung des Einkommens, grundsätzlich vom Ansatz für nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten auszugehen. Entsprechend liegt die maximale Entschädigung bei Fr. 16'000.–. Auch im Übrigen scheint die Bezifferung der Kosten der Rechtsvertreterin des Berufungsklägers zu hoch. Es kann nicht bloss auf den Umfang der Eingaben abgestellt werden. Die zwar umfangreichen Eingaben des Berufungsklägers enthalten auch Wiederholungen. Sodann ergibt sich aus der vom Berufungskläger eingereichten Kontoübersicht (act. 3/13), dass er in der Zeit vom 22. Juni 2012 bis 25. April 2013 rund Fr. 5'000.– an seine Rechtsanwältin bezahlt hat. Dass den-

noch bereits Rechtsanwaltskosten von rund Fr. 30'000.– angefallen sein sollen, legt der Berufungskläger nicht glaubhaft dar. Eine Aufstellung der Rechtsvertreterin über ihre Leistungen von 100 Stunden fehlt.

Es rechtfertigt sich, aufgrund der vorliegenden Umstände von Anwaltskosten in der Höhe von Fr. 10'000.– bis Fr. 12'000.– für das Scheidungsverfahren auszugehen. Zieht man den noch vorhandenen Freibetrag von Fr. 3'000.– ab, fehlen dem Berufungskläger Fr. 7'000.– bis 9'000.– zur Begleichung dieser Kosten.

Da ohnehin nicht über den Antrag des Berufungsklägers hinaus ein Kostenvorschuss zugesprochen werden kann, rechtfertigt es sich, die Berufungsbeklagte zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das erstinstanzliche Verfahren in der Höhe von einstweilen Fr. 8'000.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu verpflichten. In diesem Umfang ist die Berufung gutzuheissen.

IV.

1. Prozesskostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren

1.1. Ist ein Ehegatte nicht in der Lage, für seine Prozesskosten selber aufzukommen, ergibt sich aus der ehelichen Beistandspflicht von Art. 159 ZGB und aus der ehelichen Unterhaltsverpflichtung nach Art. 163 ZGB, dass ihm der andere einen angemessenen Prozesskostenvorschuss zu leisten hat, sofern er selber dazu in der Lage ist und die Streitigkeit die eheliche Gemeinschaft betrifft. Sodann darf der Prozess nicht aussichtslos sein (BGer 5D_135/2010 vom 9. Februar 2011, E. 3.1). Eine Person ist dann auf einen Prozesskostenvorschuss angewiesen, wenn ihr monatlicher Überschuss des Einkommens zum Bedarf nicht genügt, die Prozesskosten innert eines Jahres bei weniger aufwändigen Prozessen bzw. innert zweier Jahre bei aufwändigeren Prozessen zu tilgen.

1.2. Der Berufungskläger verlangt für das zweitinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenvorschuss. Im Rahmen der Beschwerde betreffend der unentgeltlichen Rechtspflege hat sich ergeben, dass der Berufungskläger nicht über genügend finanzielle Mittel verfügt, um sämtliche Kosten des Prozesses fortlaufend selber

tragen zu können (Geschäft-Nr. PC130024-O). Sodann verfügt die Berufungsbe-
klagte wie ausgeführt über genügend Vermögen, um den Berufungskläger mit ei-
nem Vorschuss einstweilen zu unterstützen. Auch kann trotz des Unterliegens
des Berufungsklägers mit den meisten seiner Anträge nicht gesagt werden, sein
Begehren sei von Anfang an aussichtslos gewesen, handelt es sich doch im we-
sentlichen um Kinderbelange, bei denen eine Aussichtslosigkeit nicht leichthin
anzunehmen ist.

1.3. Der Berufungskläger führt zu den Gesamtkosten für das erst- und zweit-
instanzliche Verfahren aus, es sei davon auszugehen, dass nach Eingang der Be-
rufungsantwort noch eine Stellungnahme zu allfälligen Noven erforderlich sein
werde. Danach erst werde das eigentliche Scheidungsverfahren beginnen. Der
Betrag von Fr. 40'000.– scheine daher angemessen (act. 2 S. 44 ff.). Nachdem
Fr. 8'000.– das erstinstanzliche Verfahren betreffen, beträgt der für das zweit-
instanzliche Verfahren verlangte Prozesskostenvorschuss somit Fr. 32'000.–. Pro-
zesskosten in dieser Höhe fallen jedoch für das zweitinstanzliche Verfahren nicht
an, da im summarischen Verfahren grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel vorge-
sehen ist und die Basis bereits vor erster Instanz erarbeitet wurde. Dieser Betrag
scheint somit massiv überhöht.

Die Gerichtskosten für das vorliegende Verfahren betragen Fr. 3'500.–. Diese
sind wie unten ausgeführt dem Berufungskläger zu 6/7 aufzuerlegen. Die Auf-
wände für die Rechtsvertretung des Berufungsklägers vor Obergericht beschrän-
ken sich auf das Verfassen der Berufungsschrift. Es rechtfertigt sich, die Entschä-
digung der Vertreterin hierfür auf Fr. 3'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer festzu-
setzen.

Beim Berufungskläger kommen, aufgrund der Verschiebung der massgebenden
Periode, noch Freibeträge hinzu. Ausgehend von der Einreichung des Gesuchs
am 2. Mai 2013 dauert die massgebende Periode von zwei Jahren bis Ende April
2015. Für die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden die Freibe-
träge von Juli 2012 bis Juni 2014 bereits berücksichtigt. Vom Juli 2014 bis Ende
April 2015 fällt sodann ein zusätzlicher Freibetrag von Fr. 1'150.– an (10x
Fr. 115.–).

Entsprechend ist die Berufungsbeklagte zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 5'090.– (Fr. 3'000.– + Fr. 3000.– zuzüglich 8% MwSt, abzüglich Fr. 1'150.–) zu verpflichten.

2. Unentgeltliche Rechtspflege

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Wie ausgeführt, verfügt der Berufungskläger nicht über genügend finanzielle Mittel, um die Prozesskosten selber zu tragen. Auch kann die Berufung trotz des Verfahrensausgangs nicht von vornherein als aussichtslos bezeichnet werden, da es in erster Linie um Kinderbelange geht.

Die familienrechtlichen Beistands- und Unterstützungspflichten gehen jedoch der staatlichen Leistung vor. Das bedeutet, dass die Bedürftigkeit zu verneinen ist, wenn der Gesuchsteller finanzielle Mittel auf der Grundlage solcher Verpflichtungen erhältlich machen kann (LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 30).

Vorliegend hat der Berufungskläger Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss. Entsprechend fällt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege aufgrund deren Subsidiarität ausser Betracht. Folglich ist das Begehren um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen.

V.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens, über welche im vorliegenden Entscheid zu befinden ist, sind nach Verfahrensausgang zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Berufungskläger unterliegt mit den meisten seiner Anträge. Lediglich mit seinen Anträgen um Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts sowie um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses dringt er teilweise durch, wobei der Berufungsbeklagten ein Umzug ins Ausland nicht strikte untersagt sondern lediglich der Entscheid darüber vorbehalten wird. Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, dem Berufungskläger die Kosten zu 6/7 und der Berufungsbeklagten zu 1/7 aufzuerlegen.

Im Rechtsmittelverfahren bemisst sich die Gebühr nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Da es vorliegend im Wesentlichen um Kinderbelange geht, liegt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vor. Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten wird die Gebühr nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles bemessen (§ 5 GebV OG). In analoger Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG kann die Gebühr sodann bis auf die Hälfte ermässigt werden.

Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen: Dem Berufungskläger nicht, weil er mehrheitlich unterliegt, und der Berufungsbeklagten nicht, weil sie keinen Antrag gestellt hat (vgl. Art. 105 ZPO; ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 105 N 4).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.
3. 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).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffer 3 und 9 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. April 2013 aufgehoben und wie folgt angepasst:

" 3. Der Gesuchstellerin wird untersagt, den Aufenthaltsort der Kinder ohne Zustimmung des Gesuchstellers oder des Gerichts ins Ausland zu verlegen.

9. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 8'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu leisten. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen."

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen soweit darauf eingetreten werden kann. Diesbezüglich wird der Entscheid der Vorinstanz bestätigt.

2. Von der Anerkennung der Berufungsbeklagten, dass der Berufungskläger Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge im Betrag von insgesamt Fr. 22'321.15 bereits bezahlt hat, wird Vormerk genommen.
3. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Berufungskläger einen Prozesskostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren von Fr. 5'090.– zu leisten.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden im Umfang von 6/7 dem Berufungskläger und im Umfang von 1/7 der Berufungsbeklagten auferlegt.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage der Doppel von act. 21 und act. 22/1-7, sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist 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:

MLaw D. Weil

versandt am: