

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE220069-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Kriech, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. B. Schärer und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

## Beschluss vom 11. April 2023

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen  
Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 16. Dezember 2022  
(EE220056-G)**

**Erwägungen:**

1. a) Die Parteien stehen seit dem 18. Oktober 2022 (Urk. 6/1 S. 1) vor Erstinstanz in einem Eheschutzverfahren.

Mit Verfügung vom 16. Dezember 2022 entschied die Vorinstanz das Folgende (Urk. 6/80 S. 6 ff. = Urk. 3 S. 6 ff.):

" 1. Die Gesuchsgegnerin ist im Sinne einer vorsorglichen Massnahme bis zum Massnahmeentscheid über die Obhut berechtigt und verpflichtet, C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2015 und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2018 wie folgt zu betreuen:

- von Mittwoch, 21. Dezember 2022, 17.00 Uhr (der Gesuchsteller bringt die Kinder zur Wohnung der Gesuchsgegnerin in E.\_\_\_\_\_) bis Samstag, 24. Dezember 2022, 10.00 Uhr (die Gesuchsgegnerin bringt die Kinder zur Wohnung des Gesuchstellers in F.\_\_\_\_\_)
- von Dienstag, 27. Dezember 2022, 10.00 Uhr (der Gesuchsteller bringt die Kinder zur Wohnung der Gesuchsgegnerin in E.\_\_\_\_\_) bis Mittwoch, 28. Dezember 2022, 17.30 Uhr (die Gesuchsgegnerin bringt die Kinder zur Wohnung des Gesuchstellers in F.\_\_\_\_\_)
- von Samstag, 31. Dezember 2022, 10.00 Uhr (der Gesuchsteller bringt die Kinder zur Wohnung der Gesuchsgegnerin in E.\_\_\_\_\_) bis Dienstag, 3. Januar 2023, 17.30 Uhr (die Gesuchsgegnerin bringt die Kinder zur Wohnung des Gesuchstellers in F.\_\_\_\_\_)

danach, ab dem 9. Januar 2023, bis auf Weiteres:

in **geraden** Kalenderwochen von Montag, 8.30 Uhr (der Gesuchsteller bringt D.\_\_\_\_\_ zur Wohnung der Gesuchsgegnerin in E.\_\_\_\_\_ nachdem er C.\_\_\_\_\_ direkt in die Schule in E.\_\_\_\_\_ gebracht hat) bis Mittwoch Schulbeginn für C.\_\_\_\_\_ und bis 8.45 Uhr für D.\_\_\_\_\_ (die Gesuchsgegnerin bringt D.\_\_\_\_\_ zur Wohnung des Gesuchstellers in F.\_\_\_\_\_, der Gesuchsteller holt C.\_\_\_\_\_ nach Schulschluss ab)

und in der gleichen Woche

von Samstag, 10.00 Uhr (der Gesuchsteller bringt die Kinder zur Wohnung der Gesuchsgegnerin in E.\_\_\_\_\_) bis zum Mittwoch der Folgeweche, Schulbeginn für C.\_\_\_\_\_ und 8.45 Uhr für D.\_\_\_\_\_ (die Gesuchsgegnerin bringt D.\_\_\_\_\_ zur Wohnung des Gesuchstellers in F.\_\_\_\_\_, der Gesuchsteller holt C.\_\_\_\_\_ nach Schulschluss ab).

In der übrigen Zeit werden C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ vom Gesuchsteller betreut.

Während der ersten Sportferienwoche (Kalenderwoche 8) werden die Kinder vom Gesuchsteller betreut. In der zweiten Sportferienwoche (Kalenderwoche 9) werden die Kinder von der Gesuchsgegnerin betreut, wobei der Gesuchsteller die Kinder am 27. Februar 2023 um 10.00 Uhr zur Wohnung der Gesuchsgegnerin in E. \_\_\_\_\_ bringt.

2. Es wird eine Vertretung der gemeinsamen Kinder der Parteien, C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_, im Sinne von Art. 299 ZPO angeordnet. Als Beiständin der Kinder wird ernannt:

Rechtsanwältin lic. iur. G. \_\_\_\_\_  
... [Adresse]

( 3.-4. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)"

b) Die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin) erhob mit Eingabe vom 26. Dezember 2022 innert Frist Berufung gegen die Verfügung vom 16. Dezember 2022 mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- " 1. Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung sei insoweit aufzuheben, als sie B. \_\_\_\_\_ für die Kinder  
C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2015, und  
D. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2018,  
mehr und andere Betreuungsanteile zuspricht als nur jedes zweite Wochenende von Freitagabend 18 Uhr bis Sonntagabend 18 Uhr.
2. Die Kinder  
C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2015, und  
D. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2018,  
seien im Sinne einer vorsorglichen Massnahme bis zum Massnahmeentscheid über die Obhut unter die alleinige Obhut der Berufungsklägerin zu stellen.
3. Mit Ausnahme der Besuchszeiten an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend 18 Uhr bis Sonntagabend 18 Uhr seien die Kinder  
C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2015, und  
D. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2018,  
im Sinne einer vorsorglichen Massnahme bis zum Massnahmeentscheid über die Obhut allein von der Berufungsklägerin zu betreuen.
4. Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben, und es sei der Berufung superprovisorisch und anschliessend für die ganze Verfahrensdauer aufschiebende Wirkung zu verleihen."

Mit Verfügung vom 27. Dezember 2022 wurde auf den Antrag der Gesuchsgegnerin, es sei ihrer Berufung die aufschiebende Wirkung zu gewähren, nicht eingetreten. Der Gesuchsgegnerin wurde sodann Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Kostenvorschuss im Sinne von Art. 98 ZPO in der Höhe von Fr. 3'000.– zu leisten (Urk. 5). Innert erstreckter Frist leistete die Gesuchsgegnerin den Kostenvorschuss (Urk. 7, Urk. 11).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. Urk. 6/1-83).

d) Auf die im Berufungsverfahren gemachten Ausführungen der Gesuchsgegnerin ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidung als notwendig erweist.

2. Die Vorinstanz hat im Rahmen der angefochtenen Verfügung über die Betreuungsregelung bis zum Massnahmeentscheid (namentlich zur vorsorglichen Obhutszuteilung und einem Besuchsrecht) und über die Regelung der Ferien bis und mit den Sportferien 2023 entschieden. In Bezug auf die Obhutszuteilung fällt sie im Dispositiv der angefochtenen Verfügung keinen Entscheid, weshalb auf den Antrag Ziffer 2 der Gesuchsgegnerin betreffend die Zuteilung der alleinigen Obhut über die beiden gemeinsamen Kinder im Sinne einer vorsorglichen Massnahme nicht einzutreten ist. Ergänzend bleibt anzufügen, dass sich die Gesuchsgegnerin in ihrer Berufungsschrift inhaltlich nicht mit der vorinstanzlichen Begründung, weshalb derzeit kein Entscheid über die vorsorgliche Obhutszuteilung gefällt werde (Urk. 2 S. 3 E. 3), auseinandergesetzt hat (Art. 311 ZPO).

3. a) Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Entsprechend ist die Berufung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet einzureichen. Dies gilt auch dann, wenn das Verfahren wie hier dem Untersuchungsgrundsatz unterliegt. Die Berufungsklägerin muss aufzeigen, inwiefern sie den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft erachtet. Um dieser Pflicht nachzukommen genügt es nicht, wenn sie auf ihre Vorbringen vor der ersten Instanz verweist oder den angefochtenen Entscheid in allge-

meiner Art und Weise kritisiert. Vielmehr muss die Berufungsklägerin im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die sie beanstandet, sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen ihre Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend explizit sein, dass sie von der Berufungsinstanz einfach nachvollzogen werden kann (BGer 5A\_573/2017 vom 19. Oktober 2017, E. 3.1 m.w.H.). Das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3 m.w.H.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 36 m.w.H.). Genügt die Berufung den Anforderungen an die Begründung nicht, so wird auf diese nicht eingetreten. Inhaltliche Nachbesserung der Begründung ist nach Ablauf der Berufungsfrist nicht zulässig (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 38 m.w.H.; BGer 4A\_41/2017 vom 9. Februar 2017). Es ist nicht Sache des Gerichts, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen (BGer 5A\_855/2012 vom 13. Februar 2013, E. 5.4 m.w.H.).

b) Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, beide Parteien seien grundsätzlich in der Lage, die Betreuung von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ zeitlich zu übernehmen, wobei der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsteller) bereits heute seine Betreuungsaufgaben mit seiner beruflichen Tätigkeit koordinieren müsse. Dies habe er bislang mit einer Einschränkung der Öffnungszeiten seines Geschäfts umgesetzt, wobei es auch zu einer Betreuung von D.\_\_\_\_\_ im Geschäftslokal gekommen sei (unter Hinweis auf Urk. 6/57 S. 22 f.). Der Gesuchsteller stelle aber glaubhaft in Aussicht, demnächst auch auf eine Fremdbetreuung durch Dritte oder seine Eltern zurückgreifen zu können (unter Hinweis auf Urk. 6/57 S. 23), was die Situation deutlich entschärfen werde. Die Söhne seien mit ihrem aktuell hauptsächlichen Aufenthaltsort in F.\_\_\_\_\_ in der Wohnung der Eltern des Gesuchstellers vertraut und dürften sich dort mittlerweile zu einem gewissen Grad eingerichtet haben. Dies gelte umso mehr für die eheliche Wohnung in E.\_\_\_\_\_, in welcher sie bis im Oktober 2022 aufgewachsen seien und welche derzeit von der Gesuchsgegnerin bewohnt werde. Da es sich vor-

liegend bei beiden Söhnen nicht mehr um Kleinkinder handle, spreche nichts dagegen, längere Betreuungsblöcke anzuordnen, welche wiederum den Vorteil böten, dass die Anzahl von Übergaben reduziert werden könne. Da zum jetzigen Zeitpunkt noch offen sei, welcher Partei die Obhut für die Söhne vorsorglich zuzuteilen sein werde, sei eine zeitlich möglichst ausgeglichene Lösung zu wählen. Dergestalt könne ein gleichmässiges Aufrechterhalten der Bindungen der Söhne zu ihren Eltern bis zum Massnahmeentscheid über die Obhut gefördert werden, was ganz zentral dem Kindeswohl diene. C. \_\_\_\_\_ besuche seit diesem Sommer die Primarschule. Dies werde ihm bei einer jeweils in etwa gleich umfassenden Betreuung durch die Eltern ein nicht zu unterschätzendes Ausmass von Organisation abverlangen (bspw. das Packen der richtigen Schulsachen). Es sei deswegen eine möglichst regelmässige Betreuungsregelung zu treffen. Eine zeitlich ausgeglichene Betreuungslösung, welche in der Regel ein Mehr an Übergaben nach sich ziehe, scheine vorliegend umsetzbar, da die Parteien übereinstimmend berichtet hätten, dass das vorübergehend – zwischen der Hauptverhandlung vom 21. November 2022 und deren Fortsetzung vom 16. Dezember 2022 – angeordnete Besuchsrecht weitestgehend zufriedenstellend verlaufen sei (unter Hinweis auf Urk. 6/76). Die Äusserungen der Parteien zur Übergabe vom 1. Dezember 2022 hätten aber auch gezeigt, dass eine möglichst detaillierte Regelung einem geordneten Ablauf der Betreuungsregelung zuträglich sein werde (unter Hinweis auf Urk. 6/76; Urk. 2 S. 4 f. E. 3).

c) Die Gesuchsgegnerin geht in ihrer Berufungsschrift argumentativ nicht auf die vorgenannten Erwägungen ein. Ohne konkreten Bezug zu den vorinstanzlichen Erwägungen äussert sie sich aus ihrer Sicht zur Betreuungslösung bis zum 23. Oktober 2022 (Urk. 1 S. 3 Ziff. 2), zur von ihr geltend gemachten eigenmächtigen Wegnahme der Kinder durch den Gesuchsteller (Urk. 1 S. 3 Ziff. 3), zu ihrer Auffassung, dass der Gesuchsteller die Kinder von ihr entfremde (Urk. 1 S. 3 Ziff. 4) und das Kindeswohl missachte (Urk. 1 S. 3 f. Ziff. 5), zur Vereinbarung vom 21. November 2022, welche bis zum 16. Dezember 2022 Gültigkeit gehabt habe (Urk. 1 S. 4 Ziff. 6), sowie zum von ihr gezogenen Fazit, dass der Gesuchsteller die Strategie verfolge, möglichst lange einen Zustand zu schaffen, der ihm maximale Betreuungsanteile verschaffe (Urk. 1 S. 4 Ziff. 7). Auf diese Vorbringen der

Gesuchsgegnerin ist nicht einzugehen, da die substantiierte Auseinandersetzung mit den in vorstehender Erwägung 3 lit. b aufgeführten vorinstanzlichen Erwägungen fehlt. Da sodann keine willkürliche Feststellung des Sachverhalts oder willkürliche Anwendung des Rechts durch die Vorinstanz zu erkennen ist, ist auf die Berufung der Gesuchsgegnerin auch in Bezug auf ihre Anträge 1 und 3 nicht einzutreten.

d) Ergänzend auszuführen bleibt, dass die von der Gesuchsgegnerin in ihrer Berufungsschrift angeführte Erwägung IV.2.2.1 des Urteils der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. September 2022 im Verfahren PQ220056-O (Urk. 1 S. 4 Ziff. 7) den Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes im Sinne von Art. 301a Abs. 2 ZGB betraf. In der vorliegend angefochtenen Verfügung wurde jedoch nicht der Aufenthaltsort der Kinder bestimmt, sondern die Betreuungsregelung definiert, weshalb Erwägung IV.2.2.1 des genannten Urteils nicht einschlägig ist. Dies gilt ebenso für das von der Gesuchsgegnerin zitierte Urteil des Bundesgerichts 5A\_604/2022 vom 2. September 2022 (Urk. 1 S. 5 Ziff. 7). Auch hier hatte das Bundesgericht in Anwendung von Art. 301a ZGB zu bestimmen, ob das Obergericht des Kantons Zürich zu Recht entschieden hatte, dass die Mutter zusammen mit der gemeinsamen Tochter der Parteien aus der Schweiz nach ... [Stadt in Deutschland] ziehen und somit den Aufenthaltsort des Kindes per sofort nach ... [Stadt in Deutschland] verlegen dürfe.

Zudem brachte die Gesuchsgegnerin die beiden vorgenannten Entscheide im Zusammenhang mit ihrem Antrag um alleinige Zuteilung der Obhut an sie vor (vgl. Urk. 1 S. 5 Mitte). Auf diesen Antrag ist – wie in vorstehender Erwägung 2 ausgeführt – im Berufungsverfahren jedoch nicht einzutreten.

e) Wie bereits in Erwägung 2 festgehalten wurde, hat die Vorinstanz mit der vorliegend angefochtenen Verfügung vom 16. Dezember 2022 (noch) nicht über die (vorsorgliche) Regelung der Obhut und Betreuung der beiden Kinder der Parteien entschieden. Da die Betreuungsregelung lediglich die Sport- und nicht auch die Frühlingsferien umfasst, ist davon auszugehen, dass dieser Entscheid in absehbarer Zeit erfolgen wird und das vorinstanzliche Verfahren entsprechend fortgeschritten ist. Die Gesuchsgegnerin ist darauf hinzuweisen, dass es ihr freisteht,

ihre im vorliegenden Verfahren vorgebrachten Argumente im vorinstanzlichen Verfahren geltend zu machen. Dabei wird ihr empfohlen, sich von ihrer Rechtsanwältin beraten und unterstützen zu lassen.

4. Die Prozesskosten sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb der Gesuchsgegnerin die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Die Entscheidgebühr ist gestützt auf § 6 Abs. 2 lit. b, § 10 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

Mangels wesentlicher Umtriebe ist dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Die Gesuchsgegnerin ihrerseits hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Entschädigung (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), wobei sie im Berufungsverfahren ohnehin keinen diesbezüglichen Antrag stellte (Urk. 1).

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung der Gesuchsgegnerin wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage der Doppel der Urk. 1, 3, 4/1-2 und 13 sowie von Kopien der Urk. 7 und 12, sowie an Rechtsanwältin lic. iur. G. \_\_\_\_\_ und die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG in einem Verfahren 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, 11. April 2023

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:

jo