

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY210039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin MLaw V. Stübi

Beschluss vom 30. März 2022

in Sachen

A. _____,

Klägerin, Massnahmebeklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter, Massnahmekläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Abänderung vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 24. August 2021
(FE200489-L)**

Rechtsbegehren:

des Beklagten und Massnahmeklägers (Urk. 5/33 S. 2 f.):

" Dispositiv Ziffer 4 des Urteils vom 1. März 2021 des Bezirksgerichts Zürich (EE180214) sei wie folgt abzuändern:

- In den geraden Wochen betreut die Mutter die Kinder von Montag bis Mittwochmittag, 12.15 Uhr, und ab Samstagmorgen, 09.00 Uhr bis Mittwochmittag, 12.15 Uhr, der (ungeraden) Folgewoche.
- In den geraden Wochen betreut der Vater die Kinder ab Mittwochmittag, 12.15 Uhr bis Samstagmorgen, 09.00 Uhr, und in den ungeraden Wochen betreut der Vater die Kinder ab Mittwochmittag, 12.15 Uhr bis Sonntagabend, 18.00 Uhr.
- Die Nacht von Sonntag auf Montag verbringen die Kinder jeweils bei der Mutter; in den ungeraden Wochen ab 18.00 Uhr (unter Vorbehalt der Feiertags- und Ferienregelung).
- Fällt das Betreuungswochenende des Vaters auf Ostern, so verbringen die Töchter auch den Karfreitag, ab 09.00 Uhr beim Vater.
- Fällt das Betreuungswochenende der Mutter auf Ostern, so verbringen die Töchter Ostern bis und mit Ostermontag, 18.00 Uhr, bei der Mutter.
- Fällt das Betreuungswochenende der Mutter auf Pfingsten, so verbringen die Töchter Pfingsten bis und mit Pfingstmontag, 18.00 Uhr, bei der Mutter.
- Die Weihnachtstage vom 24. - 26.12. verbringen die Töchter in Jahren mit ungerader Jahreszahl beim Vater und in Jahren mit gerader Jahreszahl bei der Mutter.
- Die Neujahrsfeiertage vom 31.12. bis und mit 02.01. verbringen die Töchter bei Jahreswechseln von einer ungeraden Jahreszahl auf eine gerade Jahreszahl (z.B. 2021 auf 2022) bei der Mutter und bei einem Jahreswechsel von einer geraden Jahreszahl auf eine ungerade Jahreszahl (z.B. 2022 auf 2023) beim Vater.
- Die Betreuungsverantwortung während der Schulferien übernehmen die Parteien je zur Hälfte. Die Sommerferien verbringen die Kinder während zweieinhalb Wochen mit der Mutter und während zweieinhalb Wochen mit dem Vater. Die Eltern sprechen sich im Übrigen über die Aufteilung der Ferien mindestens vier Wochen im Voraus ab. Können sie sich über die Aufteilung nicht einigen, kommt der Mutter in Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit gerader Jahreszahl dem Vater.

Die Wechsel der Kinder von einem zum anderen Elternteil finden jeweils auf dem Spielplatz des GZ C. _____ statt;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Gesuchsgegnerin."

der Klägerin und Massnahmebeklagten (Urk. 5/39 S. 3, sinngemäss):

Es sei das Gesuch des Beklagten vom 17. Juni 2021 um Abänderung der Betreuungsregelung gemäss Dispositiv Ziff. 4 des Urteils vom 1. März 2021 (Geschäfts-Nr.: EE180214) abzuweisen.

**Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung - Einzelgericht,
vom 24. August 2021:**

(Urk. 5/48 S. 10 ff. = Urk. 2 S. 10 ff.)

1. Dispositiv Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 1. März 2021 im Geschäft Nr. EE180214-L wird wie folgt abgeändert:

Für den Fall, dass sich die Parteien nicht über eine andere Aufteilung der hälftigen Betreuung einigen, wird die folgende Betreuungsregelung festgelegt:

- In den geraden Wochen betreut die Mutter die Kinder von Montag bis Mittwochmittag, 12.15 Uhr, und ab Samstagmorgen, 09.00 Uhr bis Mittwochmittag, 12.15 Uhr, der (ungeraden) Folgewoche.
- In den geraden Wochen betreut der Vater die Kinder ab Mittwochmittag, 12.15 Uhr bis Samstagmorgen, 09.00 Uhr, und in den ungeraden Wochen betreut der Vater die Kinder ab Mittwochmittag, 12.15 Uhr bis Sonntagabend, 18.00 Uhr.
- Die Nacht von Sonntag auf Montag verbringen die Kinder jeweils bei der Mutter; in den ungeraden Wochen ab 18.00 Uhr (unter Vorbehalt der Feiertags- und Ferienregelung).
- Fällt das Betreuungswochenende der Mutter auf Ostern, so verbringen die Töchter auch den Karfreitag, ab 09.00 Uhr bei der Mutter.
- Fällt das Betreuungswochenende des Vaters auf Ostern, so verbringen die Töchter Ostern bis und mit Ostermontag, 18.00 Uhr, beim Vater.
- Fällt das Betreuungswochenende des Vaters auf Pfingsten, so verbringen die Töchter Pfingsten bis und mit Pfingstmontag, 18.00 Uhr, beim Vater.

Im Übrigen bleibt Dispositiv Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 1. März 2021 im Geschäft Nr. EE180214-L unangetastet.

2. [Schriftliche Mitteilung]
3. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand; Hinweis auf Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO]

Berufungsanträge:

der Klägerin, Massnahmebeklagten und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2):

" Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 24. August 2021 aufzuheben und das Gesuch des Berufungsbeklagten vom 17. Juni 2021 um Abänderung der Betreuungsregelung gemäss Dispositiv Ziff. 4 des Urteils vom 1. März 2021 (Geschäfts-Nr.: EE180214) abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

prozessualer Antrag:

" [...]

Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen Prozesskostenvorschuss in Höhe der allenfalls vorzuschickenden Prozesskosten zuzüglich der Anwaltskosten in Höhe von CHF 2'000.-- (zuzüglich MWST) zu bezahlen, eventualiter sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr der Unterzeichnete als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

des Beklagten, Massnahmeklägers und Berufungsbeklagten:

- gemäss Berufungsantwort vom 18. Oktober 2021 (Urk. 12 S. 2):

" Die Berufung der Klägerin sei abzuweisen und die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 24. August 2021 (FE200489) sei zu bestätigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Klägerin und Berufungsklägerin."

- gemäss Eingabe vom 14. Dezember 2021 (Urk. 21 S. 1 f.):

" 1. Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 24. August 2021 sei aufzuheben und es sei in Gutheissung von Berufungsantrag Ziff. 1 der Berufung vom 27. August 2021 die Betreuungsregelung gemäss Ziff. 4 des Urteils vom 1. März 2021 (EE180214) zu bestätigen.

2. Im Übrigen sei die Berufung und der Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1.1 Die Parteien sind seit Ende 2013 verheiratet und Eltern der beiden Töchter D._____, geboren am tt.mm.2015, und E._____, geboren am tt.mm.2017 (Urk. 34/2/1 S. 4). Sie stehen seit Juni 2018 in einem Eheschutzverfahren (Urk. 4/2 S. 6). Am 31. Juli 2020 (Datum Poststempel: 3. August 2020) machte die Klägerin, Massnahmebeklagte und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) die Scheidung anhängig (Urk. 5/1). Mit erstinstanzlichem Eheschutzurteil vom 1. März 2021 (Geschäfts-Nr. EE180214-L) wurden die Kinder unter die alternierende Obhut der Eltern gestellt, wobei festgelegt wurde, dass sie – ausgenommen Wochenendbetreuung – in der ersten Wochenhälfte (Montag bis Mittwochmittag) vom Beklagten, Massnahmekläger und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter) und in der zweiten Wochenhälfte (Mittwochmittag bis Samstagmorgen) von der Klägerin zu betreuen sind (Urk. 4/2 S. 73 f. Dispositiv-Ziffer 4). Diese Betreuungsregelung blieb unangefochten.

1.2. Mit Eingabe vom 17. Juni 2021 beantragte der Beklagte bei der Vorinstanz im Rahmen vorsorglicher Massnahmen, die Betreuungstage seien neu festzulegen (Urk. 5/33). Der weitere Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 2 S. 3 ff. E. I.). Mit Verfügung vom 24. August 2021 hiess die Vorinstanz das Massnahmebegehren des Beklagten gut und legte in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 1. März 2021 (Geschäfts-Nr. EE180214-L) fest, dass die Kinder in der ersten Wochenhälfte (Montag bis Mittwochmittag) neu von der Klägerin und in der zweiten Wochenhälfte (Mittwochmittag bis Samstagmorgen) vom Beklagten zu betreuen seien (Urk. 2 S. 10 f. Dispositiv-Ziffer 1).

2.1. Hiergegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 27. August 2021 rechtzeitig (vgl. 5/50/2) Berufung mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren und ersuchte darum, der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 9. September 2021 wurde der Berufung die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 10 S. 6 Dispositiv-Ziffer 1).

2.2. In der Folge wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 1. Oktober 2021 (Urk. 11) Frist angesetzt, die Berufungsantwort zu erstatten, welche fristgerecht einging und vom 18. Oktober 2021 datiert (Urk. 12). Diese wurde der Klägerin mit Verfügung vom 5. November 2021 unter Fristansetzung zur Novenstellungnahme zur Kenntnis gebracht (Urk. 15). Nachdem der Klägerin antragsgemäss die Frist zur Stellungnahme erstreckt worden war (vgl. Urk. 16 S. 1), ging diese am 3. Dezember 2021 (Poststempel: 2. Dezember 2021) fristgerecht ein (Urk. 17). Die je vom 14. Dezember 2021 datierenden Eingaben der Klägerin (Urk. 24) und des Beklagten, mit welcher letzterer sein diesem Verfahren zugrundeliegendes Massnahmengesuch vom 17. Juni 2021 mit dem eingangs erwähnten Schlussantrag modifiziert (Urk. 21 S. 1), wurden den Parteien mit Verfügung vom 3. Januar 2022 (Urk. 27) je gegenseitig zugestellt. Auch die weiteren Eingaben vom 4. Januar (Urk. 28) und 14. Januar 2022 (Urk. 30) wurden den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 29; Urk. 33).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 5/1-50); antragsgemäss (vgl. Urk. 3) auch die Verfahrensakten aus dem an dieser Kammer rechtshängigen Berufungsverfahren in Eheschutzsachen LE210017-O (Urk. 34/1-261 [inkl. Vorakten]).

II.

1. Im Verlaufe des Berufungsverfahrens brachten beide Parteien je mit Eingaben vom 14. Dezember 2021 übereinstimmend vor, dass die Vereinigten Arabischen Emirate (auch für Dubai) die Arbeitszeiten dem westeuropäischen Arbeitsmodell angepasst hätten. In Dubai habe sich die Arbeitswoche bisher von Sonntag bis Donnerstag erstreckt, nunmehr beginne sie am Montag und ende freitags. Der Beklagte lässt verlauten, dass sein Arbeitgeber – die Anwaltskanzlei F.____s (vgl. Urk. 34/1) – diese Regelung ab dem 1. Januar 2022 implementiere (zum Ganzen Urk. 21 bis 23/1; Urk. 24 bis 26/1-2; Urk. 33 S. 5 Rz. 8).

2. Der Beklagte erklärte in seiner Eingabe vom 14. Dezember 2021, mit der per Gesetzesänderung erfolgten Neuregelung der Arbeitswoche in Dubai sei der Grund für sein ursprüngliches Massnahmengesuch vom 17. Juni 2021 (Urk. 5/33)

weggefallen und es bestehe kein Bedürfnis nach einer Anpassung der Betreuungstage mehr, weswegen er seine Rechtsbegehren insofern anpasse, als Ziffer 1 der Verfügung vom 24. August 2021 aufzuheben und die Betreuungsregelung gemäss Ziffer 4 des Urteils vom 1. März 2021 zu bestätigen sei (Urk. 21 S. 1). Der Antrag auf Beibehaltung der bisherigen Betreuungsregelung und auf (ersatzlose) Aufhebung des angefochtenen Entscheids kommt einem Rückzug seines Massnahmegesuchs vom 17. Juni 2021 (der in jedem Verfahrensstadium bis zur Erledigung in der angerufenen Instanz erfolgen kann) gleich. Demzufolge ist Dispositiv Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung vom 24. August 2021 ersatzlos aufzuheben und das Massnahmeverfahren abzuschreiben (Art. 241 Abs. 2 und 3 ZPO). Damit gilt weiterhin die Betreuungsregelung gemäss Dispositiv-Ziffer 4 des Entscheids des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung - Einzelgericht, vom 1. März 2021 (Urk. 4/2 S. 73 f. = Urk. 5/23 S. 73 f. = Urk. 6/234 S. 73 f.).

III.

1. Die Vorinstanz befand im angefochtenen Entscheid nicht über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Massnahmeverfahrens (Urk. 2 S. 10 f.). Anordnungen sind diesbezüglich keine zu treffen.

2.1 Hingegen bleibt über die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu befinden. Nach ständiger Praxis werden gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO die Prozesskosten in nicht vermögensrechtlichen Kinderbelangen den Parteien je zur Hälfte auferlegt, sofern beide Parteien unter dem Aspekt des Kindesinteresses gute Gründe für ihre jeweiligen Anträge haben (*OGer ZH LE200059 vom 08.06.2021, E. V./1; ZR 84 Nr. 41; KUKO-Schmid/Jent-Sørensen, Art. 107 N 4*).

2.2 Diese Praxis muss auch hier Anwendung finden: In der Sache hatten beide Parteien gute Gründe für ihre (ursprünglichen) Anträge; dies gilt auch in Bezug auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung. Der Beklagte führt auch glaubhaft aus – Gegenteiliges wird von der Klägerin auch nicht vorgebracht –, auf die staatlich angeordnete Anpassung der Arbeitszeiten weder Einfluss noch Vorkenntnisse gehabt zu haben. Sodann hat er diesen Umstand dem Gericht unmittelbar nach

der Mitteilung seines Arbeitgebers bekannt gegeben. Entsprechend ist die Entscheidunggebühr den Parteien je hälftig aufzuerlegen.

2.3 Bei der Festsetzung der Entscheidunggebühr gilt es den reduzierten Begründungsaufwand zu berücksichtigen. Kostenerhöhend wirkt sich indes aus, dass mit dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung vom 9. September 2021 (Urk. 9) zusätzlicher Begründungsaufwand entstanden ist. Insgesamt erscheint es angemessen, die Entscheidunggebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

2.4 Ausgangsgemäss sind die Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren wettzuschlagen.

3.1 Die Klägerin ersucht für das Berufungsverfahren um Verpflichtung des Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses und eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2 Antrag 4). Dem stellt sich der Beklagte entgegen.

3.2 Zur Begründung ihrer Gesuche beschränkt sich die Klägerin darauf, auf ihr Gesuch im Parallelverfahren LE210017 zu verweisen und geltend zu machen, es habe sich seit dessen Stellung nichts verändert (Urk. 1 S. 7). Diese Begründung ist – auch grosszügig betrachtet – ungenügend, zumal die Klägerin einen Arbeitsvertrag vom 26. August 2021 einreichte (Urk. 4/1) und sich an ihrer finanziellen Lage Änderungen ergeben haben. Die Gesuche um Leistung eines Prozesskostenvorschusses und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind daher abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung - Einzelgericht, vom 24. August 2021 (Geschäfts-Nr. FE200489-L) wird ersatzlos aufgehoben.

Das Massnahmeverfahren wird abgeschrieben.

2. Die Gesuche der Klägerin um Leistung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, werden abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je hälftig auferlegt.
5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Die Anfechtung einer Parteierklärung (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit Revision beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

Zürich, 30. März 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiberin:

MLaw V. Stübi

versandt am:
Im