

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE160064-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss vom 12. Dezember 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

sowie

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____

betreffend **Abänderung Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 5. August 2016 (EE160044-E)**

Erwägungen:

1. a) Die Parteien sind seit tt. Februar 2006 verheiratet und haben zwei Kinder (geboren tt.mm.2011 und tt.mm.2013). Im Rahmen einer am 9. Oktober 2015 geschlossenen und mit Urteil vom gleichen Tag genehmigten Eheschutzvereinbarung wurde die Obhut über die Kinder der Gesuchsgegnerin zugeteilt und ein Besuchsrecht des Gesuchstellers vereinbart (Vi-Urk. 5/46 und 67). Am 19. Mai 2016 stellte der Gesuchsteller beim Bezirksgericht Hinwil (Vorinstanz) ein Begehren um Abänderung dieser Regelungen, wobei er namentlich um Umteilung der Obhut ersuchte (Vi-Urk. 1). Auf Gesuch der Kindesvertreterin erliess die Vorinstanz mit Verfügung vom 5. August 2016 vorsorgliche Massnahmen, mit welchen sie die Besuchsrechte des Gesuchstellers in Abänderung des Eheschutz-Urteils vom 9. Oktober 2015 neu festsetzte und die übrigen Massnahmeanträge der Parteien abwies (nachträglich begründet; Vi-Urk. 70 = Urk. 2).

b) Hiergegen hat der Gesuchsgegner am 21. Oktober 2016 fristgerecht Berufung erhoben und stellt die Berufungsanträge (Urk. 1 S. 2):

"1. Die Verfügung vom 5.8.2016 sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Eventuell sei die Verfügung vom 5.8.2016 aufzuheben und die Kinder der Parteien, C._____ und D._____, seien für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut des Berufungsklägers und Vaters zu stellen.

Es sei der Berufungsbeklagten und Mutter ein angemessenes Ferienrecht einzuräumen.

Es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger für den Unterhalt von C._____ und D._____ einen monatlichen, monatlich vorauszahlbaren Unterhaltsbeitrag von je Fr. 600.-- zu bezahlen.

3. Subeventuell und für den Fall, dass die Obhut der Mutter verbleibt, sei das Besuchsrecht des Vaters auf jedes Wochenende von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 17.00 Uhr festzusetzen. Das Ferienrecht des Vaters sei auf sieben Wochen pro Jahr festzusetzen und die Mutter sei zu verpflichten, die beiden Kinder zur Ausübung des Besuchsrechts des Vaters nach ... [Ortschaft] zu bringen und dort wieder zu holen.

5. Unter o/e Kostenfolge."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Der mit Verfügung vom 28. Oktober 2016 vom Gesuchsteller geforderte Kostenvorschuss (Urk. 5) wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 6). Mit Eingabe vom 17. November 2016 teilte die Gesuchsgegnerin mit, dass im vorinstanzlichen Abänderungsverfahren am 11. November 2016 der Endentscheid (Urk. 8) ergangen sei (Urk. 7; dem Gesuchsteller zur Kenntnis zugestellt).

2. Das Urteil der Vorinstanz vom 11. November 2016 (Urk. 8) ist sofort vollstreckbar (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO; BGE 137 III 475) und das vorinstanzliche Abänderungsverfahren damit abgeschlossen. Dementsprechend bleibt kein Raum mehr für die Anordnung von – für die Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens geltenden – vorsorglichen Massnahmen betreffend Obhut und Besuchsrecht, denn solche Anordnungen können nicht rückwirkend getroffen werden. Die berufsweise ebenfalls geforderten Unterhaltsbeiträge sind von der Umteilung der Obhut abhängig und können aus diesem Grund (keine rückwirkende Umteilung der Obhut möglich) ebenfalls nicht rückwirkend zugesprochen werden. Das diese vorsorglichen Massnahmen betreffende Berufungsverfahren ist somit durch den Erlass des Endentscheides gegenstandslos geworden und dementsprechend abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

3. a) Das Berufungsverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 5, § 10 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 800.-- festzusetzen.

b) Bei Gegenstandslosigkeit sind die Prozesskosten nach Ermessen zu verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Vorliegend waren primär Kinderbelange (Obhut, Besuchsrecht) umstritten. In solchen Fällen sind die Gerichtskosten nach ständiger Rechtsprechung des Obergerichts unabhängig vom Ausgang den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe für ihre Standpunkte hatten (ZR 84/1985 Nr. 41). Vorliegend sind beiden Parteien solche guten Gründe nicht abzusprechen. Die Gerichtskosten sind daher beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Sie sind aus dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111

Abs. 1 ZPO). Die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, dem Gesuchsgegner ihre aus dem Kostenvorschuss des Gesuchsgegners bezogene Hälfte zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

c) Demgemäss sind für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden beiden Parteien je zur Hälfte auferlegt und vollumfänglich aus dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller ihre Hälfte von Fr. 400.-- zu ersetzen.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kindesvertreterin und an die Vorinstanz, an die Gesuchsgegnerin und die Kindesvertreterin je unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, je gegen Empfangsschein.
Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. 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, 12. Dezember 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
sf