

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE190035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

Beschluss und Urteil vom 17. Juli 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

betreffend **Abänderung Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Hinwil vom 21. Mai 2019 (EE190020-E)**

Rechtsbegehren:

Siehe Urk. 23 S. 2 ff.

Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Hinwil vom 21. Mai 2019:
(Urk. 18 = Urk. 23 S. 17)

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'300.–.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteient-schädigung von Fr. 3'000.– (inkl. MwSt) zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung.]
6. [Rechtsmittel: Berufung, 10 Tage.]

Berufungsanträge (Urk. 22 S. 1):

"1. Der Entscheid des Bezirksgericht Hinwil im Urteil vom 21. Mai 2019 sei aufzuheben.

¹ Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Die Ziffer 2. c) im Urteil vom 20. Februar 2018 zum Prozess EE170072-E / U01 betreffend Eheschutzmassnahmen sei wie folgt abzuändern:

Die Aufteilung der Betreuung der Kinder erfolgt ab 1. Juli 2019 wie folgt:

Betreuung der Kinder in den geraden Wochen (Folgemontag be-trifft ungerade Woche):

- ab Sonntag 19:15 Uhr bis Mittwoch um 19:15 Uhr durch die Mutter
 - ab Mittwoch 19:15 Uhr bis Montag 19:15 Uhr durch den Vater
- Betreuung der Kinder in den ungeraden Wochen
- ab Montag 19:15 Uhr bis Mittwoch 19:15 Uhr durch die Mutter
 - ab Mittwoch 19:15 Uhr bis Freitag 19:15 Uhr durch den Vater
 - ab Freitag 19:15 Uhr bis Sonntag 19:15 Uhr durch die Mutter

Zudem sind die Eltern berechtigt, die Kinder abwechselungsweise während sechs respektive sieben Wochen Schulferien zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Eltern sprechen sich über die Aufteilung der Ferien jeweils rechtzeitig ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; In Jahren mit ungerader Jahreszahl kommt der Mutter das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu. Der Ferienstart wird jeweils auf Samstag um 11:00 gelegt, falls das Wochenende 'vor' den Ferien der anderen Partei gehören würde. Die Ferienwoche hat Vorrang gegenüber der Standardwochenendregelung. Im genannten Fall (Die Ferienwoche hat keine 'Übereinstimmung' mit der Wochenendregelung) tritt der Vater der Mutter die Übernachtung von Mittwoch auf Donnerstag in der Vorferienwoche des Vaters ab. Die Mutter tritt dem Vater die Übernachtung von Freitag auf Samstag in der Vorferienwoche des Vaters ab.

In den geraden Jahren ist die Mutter berechtigt, die Kinder während sieben Wochen Schulferien zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Mutter erhält in geraden Jahren die Neujahrsferien und die Weihnachtsferien. Der Vater hat die Kinder während 6 Wochen Schulferien, wobei 3 Wochen auf die Sommerferien fallen und jeweils eine Woche fällt auf die Frühlings-, Sport- und Herbstferien.

In den ungeraden Jahren ist der Vater berechtigt, die Kinder während sieben Wochen Schulferien zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Vater erhält in ungeraden Jahren die Neujahrsferien und die Weihnachtsferien. Die Mutter hat die Kinder während 6 Wochen Schulferien, wobei 3 Wochen auf die Sommerferien fallen und jeweils eine Woche auf die Frühlings-, Sport- und Herbstferien.

Feiertagsregelung

- Die Doppelfeiertage von Weihnachten und Neujahr sind jeweils in der zugeordneten Ferienwoche integriert.

Enthält ein Kalenderjahr ausnahmsweise 53 Kalenderwochen wird das Wochenende der Kalenderwoche 53 aufgeteilt, sodass die am Vortag des Wochenendes aktuell betreuende Partei die Kinder bis am Samstag Abend um 20:00 Uhr bei sich betreuen kann und die Kinder zum genannten Zeitpunkt übergeben werden.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

3. Die Ziffer 2. b) im Urteil vom 20. Februar 2018 zum Prozess EE170072-E / U01 betreffend Eheschutzmassnahmen sei wie folgt abzuändern:

Die Obhut für die Kinder mit wechselnder Betreuung sei beizubehalten. Der gesetzliche Wohnsitz der Kinder sei bei dem Vater (per 01.08.2019).

4. Die Anträge Antrag 2., 3. und Antrag 5. aus dem Gesuch vom 24.04.2019 betreffend Abänderung Eheschutzmassnahmen werden im Rahmen von diesem Verfahren zurückgezogen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu lasten der Gesuchsgegnerin."

Erwägungen:

1.1. Die Parteien sind seit dem tt. September 2008 verheiratet und haben drei gemeinsame Kinder, C._____, geboren am tt.mm.2011, D._____, geboren am tt.mm.2013, und E._____, geboren am tt.mm.2015 (Urk. 1). Am 20. September 2017 stellte die heutige Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegnerin) beim Bezirksgericht Bülach ein Eheschutzbegehren (Urk. 3/1). Mit Urteil vom 20. Februar 2018 wurde das Verfahren unter Genehmigung der Trennungsvereinbarung der Parteien erledigt (Urk. 3/31). Am 6. März 2019 (Urk. 1 ff.) stellte der heutige Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) beim Bezirksgericht Hinwil (fortan Vorinstanz) ein Gesuch um Abänderung der Eheschutzmassnahmen. Mit Urteil vom 21. Mai 2019 wies die Vorinstanz dieses Gesuch ab (Urk. 23).

1.2. Hiergegen erhob der Gesuchsteller am 17. Juni 2019 fristgerecht (Urk. 20) Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Berufungsanträge (Urk. 22). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

1.3. Bezüglich der Rechtsbegehren Ziff. 2 (Kinderkosten), Ziff. 3 (Grundlagen der Unterhaltsberechnungen) und Ziff. 5 (Recht auf Kommunikation; Urk. 1A S. 2

f. und Urk. 11 S. 2 f.) ist das Verfahren abzuschreiben, da der Gesuchsteller diese Anträge zurückgezogen hat.

2. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, eine Eheschutzvereinbarung zwischen den Parteien habe den Charakter eines gerichtlichen Vergleichs. Mit der Vormerknahme durch den Eheschutzrichter trete eine solche Vereinbarung an die Stelle eines eheschutzrichterlichen Sachentscheids. Der gerichtliche Vergleich sei wie ein Urteil vollstreckbar und dessen Abänderung richte sich nach Art. 179 ZGB. Eheschutzmassnahmen würden unter der Voraussetzung abgeändert, dass eine wesentliche und dauernde Veränderung der Verhältnisse vorliege, welche die dem Eheschutzentscheid zugrundeliegenden Fakten als unrichtig erscheinen liessen (Urk. 23 S. 10). Das Abänderungsverfahren sei nicht dazu da, die Folgen des Getrenntlebens auf Wunsch einer Partei ohne wesentliche Veränderungen der Verhältnisse neu zu beurteilen. Auch allfällige Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Regelung würden die "Anpassung" des Vereinbarten nicht rechtfertigen. Mithin könne in einem Abänderungsverfahren nicht eine grundlegende Neubeurteilung der Regelung des Getrenntlebens verlangt werden (Urk. 23 S. 13). Der Gesuchsteller habe sein Arbeitspensum auf eigenes Verlangen reduziert. Es lägen keine äusseren Einflüsse vor, die eine Reduktion des Arbeitspensums notwendig gemacht hätten. Dies sei weder mit der Gesuchsgegnerin abgesprochen noch von dieser akzeptiert gewesen. Die Reduktion des Arbeitspensums sei eigenmächtig, ohne äussere Einflüsse und entgegen dem, was die Parteien wenige Monate zuvor vereinbart hätten, erfolgt. Werde eine Vereinbarung geschlossen, solle eine Partei nicht eine Änderung nach ihrem Willen schaffen und zu ihren Gunsten einseitig erzwingen können, indem sie neue Tatsachen schaffe (Urk. 23 S. 13 f.). Daran vermöge nichts zu ändern, dass der Gesuchsteller geltend mache, er habe sein Arbeitspensum reduziert, damit er die Kinder zu 50 % betreuen könne. Der Gesuchsteller habe keinen Anspruch auf eine hälftige Betreuung der Kinder. Die Zusprechung der alternierenden Obhut bedeute nicht, dass jeder Elternteil berechtigt und verpflichtet sei, je einen hälftigen Anteil an der Kinderbetreuung zu übernehmen. Im Gegenteil hätten sich die Parteien mit der Unterzeichnung der Vereinbarung einvernehmlich darauf geeinigt, dass die Kinder zu 60 % durch die Gesuchsgegnerin und zu 40 % durch den Gesuchsteller betreut

würden. Ohne das Vorliegen äusserer Umstände, welche die vorliegende Regelung als unrecht erscheinen liessen, liege kein Abänderungsgrund vor. Solche Gründe seien vom Gesuchsteller keine dargetan worden, zumal er selber davon ausgehe, dass die Betreuung durch die Gesuchsgegnerin gut funktioniere (Urk. 23 S. 14).

Zur Fremdbetreuung der Kinder hielt die Vorinstanz sodann folgendes fest (Urk. 23 S. 14 f.): Bereits in der Trennungsvereinbarung sei festgehalten worden, dass ein Elternteil die Kinder während seiner Betreuungszeit auf eigene Kosten fremdbetreuen lassen könne. Darauf hätten sich die Parteien einvernehmlich geeinigt. Die derzeitige Fremdbetreuung der Kinder falle in die Betreuungszeit der Gesuchsgegnerin und stelle damit keine Verletzung der Trennungsvereinbarung dar. Zudem sei weder in der Trennungsvereinbarung noch im Gesetz oder in der Rechtsprechung vorgesehen, dass die Eigenbetreuung der Fremdbetreuung vorgehe. Bei einer Erwerbstätigkeit der Gesuchsgegnerin von 50 % und einem Betreuungsanteil von 60 % habe den Parteien bereits im Eheschutzverfahren klar sein müssen, dass eine teilweise Fremdbetreuung der Kinder erforderlich sein würde. So seien die Kinder bereits während der Ehe teilweise fremdbetreut worden. Schliesslich, so die Vorinstanz weiter, stelle auch der Schulwechsel von C._____ kein Abänderungsgrund dar. Bereits vor Unterzeichnung der Vereinbarung sei klar gewesen, dass C._____ in F._____ zur Schule gehen werde. Mit der Unterzeichnung der Vereinbarung habe der Gesuchsteller der Verlegung des Wohnsitzes aller Kinder nach G._____ zugestimmt (Urk. 23 S. 15).

3.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Begründungsanforderung ist, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll; die Berufung muss sich dementsprechend mit den Entscheidgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen. Das Obergericht hat sodann die geltend gemachten Punkte frei und unbeschränkt zu überprüfen; es muss dagegen den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf weitere Mängel untersuchen, es sei denn, der Sach-

verhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten würden klar zutage treten (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

3.2. Auf die Vorbringen des Gesuchstellers ist in der Folge nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung von Relevanz und die Berufungsschrift verständlich und nachvollziehbar ist.

4.1. Der Gesuchsteller beanstandet, die Vorinstanz habe seine Parteivorbringen nicht richtig wiedergegeben. Sie impliziere, dass er mit der Reduktion seines Arbeitspensums eine Anpassung der Unterhaltsbeiträge sowie eine hälftige Betreuung der Kinder habe herbeiführen wollen. Er habe jedoch das Pensum reduziert, damit die Kinder nicht fremdbetreut würden (Urk. 22 S. 3). Diesbezüglich setzt der Gesuchsteller sich mit den Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander, welche zutreffend ausführte, weshalb vorliegend die Reduktion des Arbeitspensums des Gesuchstellers weder mit Blick auf die Betreuungsanteile, sein Einkommen noch den Umstand, dass die Gesuchsgegnerin die Kinder teilweise fremdbetreuen lässt, von Relevanz sein kann. Wie die Vorinstanz richtig feststellte, werden vom Gesuchsteller keine äusseren Einflüsse geltend gemacht, welche die Reduktion des Arbeitspensums tatsächlich notwendig gemacht hätten. Entscheidend ist, dass der Gesuchsteller die Reduktion eigenmächtig, ohne Einverständnis der Gesuchsgegnerin und nur kurze Zeit nach Abschluss der Trennungsvereinbarung vorgenommen hat (vgl. vorstehend E. 2 und Urk. 23 S. 13 ff.).

4.2. Weiter macht der Gesuchsteller geltend, die Vorinstanz verdrehe die Kausalität. Aus der Trennungsvereinbarung sei ersichtlich, dass die Kosten für eine Fremdbetreuung nicht der Gegenpartei in Rechnung gestellt werden könnten. Dies beziehe sich jedoch lediglich auf die Finanzen. Davon abgesehen sei jedoch davon auszugehen, dass die Eltern die Betreuung gemäss Betreuungsplan selber übernehmen würden. Selbst wenn seine Ansicht, wonach die Eigenbetreuung einer Fremdbetreuung vorgehe, falsch sei, obliege es den Eltern, gemeinsam zu entscheiden, welcher Betreuungsform im konkreten Fall der Vorrang zu gewähren sei. Entgegen der Vorinstanz sei in der Trennungsvereinbarung nicht festgehalten, dass es jedem Elternteil freistehe, die Kinder während seiner Betreuungszeit

regelmässig fremdbetreuen zu lassen. Dies müsse umso mehr gelten, als die Gesuchsgegnerin bezüglich der Einteilung ihrer Arbeitszeiten höchste Flexibilität genieße und die Möglichkeit von Homeoffice bestehe (Urk. 22 S. 5 f. und S. 7).

Gemäss aktuellster bundesgerichtlicher Rechtsprechung erscheint der lange Zeit mit der 10/16-Regel verbundene Gedanke, wonach ein Kind bis zum Alter von 10 Jahren auch unter der Woche auf ganztägige Eigenbetreuung angewiesen sei und Fremdbetreuung letztlich nicht im Kindeswohl liege, nicht mehr zeitgemäss. Der in der Botschaft für den Betreuungsunterhalt verankerte Grundsatz der Gleichwertigkeit zwischen Eigen- und Fremdbetreuung ist als neues Kernprinzip massgeblich (BGer 5A_384/2018 vom 21.09.2018, E. 4.6.3. und E. 4.7., zur Publikation bestimmt). Bereits vor diesem Hintergrund ist die Fremdbetreuung der Kinder der Parteien durch eine Tagesmutter am Montagmorgen nicht zu beanstanden. Hinzu kommt, dass sich die Parteien – wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten (Urk. 23 S. 14 f.) – darauf einigten, dass die Kinder grundsätzlich durch die Eltern betreut werden sollen, es jedoch jedem Elternteil freistehe, die Kinder während seiner Betreuungszeit auf eigene Kosten fremdbetreuen zu lassen. In der bestehenden Fremdbetreuung ist damit weder eine Rechtsverletzung noch eine Verletzung der Trennungsvereinbarung zu sehen. Dies muss umso mehr gelten, als die Kinder bereits während der Ehe teilweise fremdbetreut waren, vor welchem Hintergrund die Parteien die Trennungsvereinbarung abschlossen (vgl. Verfahrens-Nr. EE170072-E Prot. S. 17 und S. 19 f.). Inwiefern sich diesbezüglich die Verhältnisse nachträglich geändert haben sollen, tut der Gesuchsteller nicht dar. Die Voraussetzungen einer Abänderung sind nicht erfüllt.

4.3. Bezüglich des Schulwechsels von C._____ nach F._____ wendet der Gesuchsteller ein, es sei erst am 9. Januar 2018 klar geworden, dass C._____ die Schule nach F._____ wechseln werde. Die Unterzeichnung der Vereinbarung deswegen zu verweigern, sei keine Option gewesen, sei die Gesuchsgegnerin doch zu diesem Zeitpunkt bereits ausgezogen gewesen und habe sich C._____ an der alten Schule verabschiedet bzw. sei in F._____ in der neuen Schule begrüsst und eingeführt worden. Hätte er die Unterzeichnung der Vereinbarung verweigert, hätte C._____ die Schule innert kurzer Zeit wieder zurückwechseln müs-

sen. Es könne davon ausgegangen werden, dass im Interesse des Kindeswohls heute ein Schulwechsel zurück nach H._____ besser passe als Ende Januar 2018 (Urk. 22 S. 9).

Der geplante Wohnsitzwechsel der Mutter von H._____ nach G._____ war bei der damaligen Eheschutzverhandlung vom 21. November 2017 bereits bekannt (Verfahrens-Nr. EE170072-E Prot. S. 16). Nicht bekannt war hingegen, dass C._____ im Schulhaus G._____ nicht würde aufgenommen werden können und daher mit dem Schulbus würde nach F._____ zur Schule fahren müssen. Dies wurde erst Ende Dezember 2017, jedoch noch vor Unterzeichnung der Vereinbarung bekannt und führte zu erneuten Diskussionen zwischen den Parteien (Verfahrens-Nr. EE170072- E Prot. S. 39). Trotzdem unterzeichnete der Gesuchsgegner letztlich die Vereinbarung am 6. Februar 2019 (Urk. 3/31). Seither geht C._____ in F._____ zur Schule, die Verhältnisse haben sich auch diesbezüglich nicht geändert. Der Gesuchsgegner tut nicht dar, inwiefern er einen Schulwechsel zurück nach H._____ heute als notwendig und im Interesse von C._____ liegend erachtet. Wie bereits die Vorinstanz festgehalten hat, ist das Abänderungsverfahren nicht dazu da, die Folgen des Getrenntlebens auf Wunsch einer Partei ohne wesentliche Veränderungen der Verhältnisse neu zu beurteilen (Urk. 23 S. 13). Gleiches gilt mit Bezug auf die Unstimmigkeiten bei der Ferienregelung, die vom Gesuchsgegner ins Feld geführt werden (Urk. 22 S. 7 f.). Reine Schwierigkeiten bei der Umsetzung rechtfertigen keine Anpassung. Das Abänderungsverfahren dient nicht dazu, die Eheschutzmassnahmen nach Art einer Wiedererwägung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erneut beurteilen zu lassen, sondern dieses neu eingetretenen Umständen anzupassen (BGE 143 III 617 E. 3.1.; BGE 141 III 376 E. 3.3.1.; BGer 5A_842/2015 vom 26. Mai 2016, E. 2.3. f. sowie BGer 5A_948/2016 vom 22. Dezember 2017, E. 3).

4.4. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung des Gestuchstellers als unbegründet. Demgemäss ist die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO), soweit die Rechtsbegehren nicht gegenstandslos geworden sind.

5.1. Das Berufungsverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'500.-- festzusetzen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsteller zufolge seines Unterliegens, der Gesuchsgegnerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird bezüglich der Rechtsbegehren Ziff. 2 (Kinderkosten), Ziff. 3 (Grundlagen der Unterhaltsberechnungen) und Ziff. 5 (Recht auf Kommunikation) abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Urteil.

und erkannt:

1. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 21. Mai 2019 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von Urk. 22, 24 und 25/1-8, sowie an die Vorinstanz, 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 sowie ein Entscheid betreffend 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, 17. Juli 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Gerber

versandt am:
sf