

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE210058-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. RE210009-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Beschluss und Urteil vom 13. Januar 2022

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller, Berufungskläger und Beschwerdeführer

gegen

B._____, Dr.,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

sowie

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Zürich

betreffend **Abänderung Eheschutz**

Berufung und Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 27. September 2021 (EE210238-L)

Rechtsbegehren:

(vgl. Urk. 1 S. 2 ff.)

**Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung,
vom 27. September 2021:**

(Urk. 5 S. 3 f. = Urk. 8 S. 3 f.)

1. Das Gesuch des Gesuchstellers um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Das Gesuch des Gesuchstellers betreffend Abänderung des Eheschutzentscheides aus St. Gallen inkl. Begehren um Erlass vorsorglicher und supervisorischer Massnahmen wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 300.–.
4. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.
5. Der Gesuchsgegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. (Schriftliche Mitteilung)
7. (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungs- und Beschwerdeanträge:

- des Gesuchstellers, Berufungsklägers und Beschwerdeführers (Urk. 7 S. 2):

- "1. Es sei der Entscheid des Bezirksgericht Zürich vom 27.09.2021 aufzuheben und das Verfahren unter Bindung an die Rechtsansicht des Berufungsführers, eventualiter des Obergerichtes des Kantons Zürich an das Bezirksgericht Zürich zurückzuverweisen.
2. Es sei dem Berufungsführer zu 1 Auslagen für die Erstellung und Überbringung von elektronisch verloren gegangene Kopien samt i.d.H. von Fr. 300.00 zu ersetzen.
3. Die dem Berufungsführer zu 1. auferlegten Kosten des anweisenden Entscheids werden aufgehoben.
4. Ein allfälliger Prozesskostenvorschuss sei der Ehefrau zu überbinden.
5. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolge.
6. Eventualiter sei den Berufungsführern die unentgeltliche Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren und das Berufungsverfahren zu gewähren."

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Am 24. September 2021 reichte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) vor Vorinstanz ein Gesuch um Abänderung der Eheschutzentscheide des Kantonsgerichts St. Gallen vom 18. Januar 2021 bzw. 19. April 2018 ein, wobei er gleichzeitig um Erlass (super-)provisorischer Massnahmen ersuchte (vgl. Urk. 1 S. 1 ff.). Am 27. September 2021 erkundigte sich die Vorinstanz telefonisch beim Kreisgericht St. Gallen nach dem Stand des dort anhängigen Scheidungsverfahrens (Urk. 8 E. 3; Urk. 4). Gleichentags erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung (Urk. 5 = Urk. 8).

1.2. Hiergegen erhob der Gesuchsteller am 11. Oktober 2021 rechtzeitig (vgl. Urk. 6/2) Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 7). Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden. Auf die Vorbringen des Gesuchstellers ist nach-

folgend nur insoweit einzugehen, als dies zur Entscheidungsfindung notwendig erscheint.

2. Prozessuales

2.1. Der Gesuchsteller beantragt, es sei ihm (eventualiter) für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 7 S. 2, Ziffer 6 der Anträge; s.a. Urk. 7 S. 8 Ziff. 8). Damit beanstandet er sinngemäss Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung (Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege). Gegen den abweisenden Entscheid betreffend unentgeltliche Rechtspflege steht jedoch nur das Rechtsmittel der Beschwerde offen (vgl. Art. 121 ZPO). Entsprechend wurde die als Berufung bezeichnete Rechtsmittelschrift des Gesuchstellers, soweit sie sich gegen die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege richtet, als Beschwerde entgegengenommen und ein separates Verfahren angelegt (Geschäfts-Nr. RE210009-O). Da sowohl das Berufungs- als auch das Beschwerdeverfahren die gleiche Sache betreffen, rechtfertigt es sich, beide Verfahren in Anwendung von Art. 125 lit. c ZPO zu vereinigen, das Beschwerdeverfahren als dadurch erledigt abzuschreiben und unter dem vorliegenden Geschäft weiterzuführen. Die Akten des Beschwerdeverfahrens sind als Urk. 12 zu den Akten des vorliegenden Berufungsverfahrens zu nehmen. Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz als Vertreterin des Beschwerdegegners wird verzichtet (Art. 324 ZPO).

2.2. In seiner Berufungsschrift verlangt der Gesuchsteller einzig die Aufhebung des Entscheids sowie die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz (vgl. Urk. 7, Ziffer 1 der Anträge). Ein Aufhebungs- und Rückweisungsantrag ist ausschliesslich dann zulässig, wenn die Rechtsmittelinstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 20). Da die Vorinstanz die Rechtsbegehren materiell nicht beurteilt hat und die Rechtsmittelinstanz im Fall einer Gutheissung der Berufung daher nur kassatorisch entscheiden könnte (vgl. auch BGer 5A_424/2018 vom 3. Dezember 2018, E. 4.2.), erweist sich der Aufhebungs- und Rückweisungsantrag vorliegend ausnahmsweise als zulässig.

2.3. Der Gesuchsteller erhebt die Berufung auch im Namen der gemeinsamen Kinder (vgl. Urk. 7 S. 1). Allerdings werden im angefochtenen Entscheid lediglich die beiden Ehegatten als Parteien aufgeführt. Inwiefern die beiden Kinder durch den angefochtenen Entscheid betroffen sind, legt der Gesuchsteller nicht konkret dar, sondern rügt pauschal eine Verletzung von Art. 8 EMRK (Urk. 7 S. 2 f. Ziff. 3 f.). Insoweit ist auf die Berufung daher nicht einzutreten und es bleibt bei den im Rubrum aufgeführten Parteien. Im Übrigen ist das gemeinsame minderjährige Kind in Eheschutzverfahren der Eltern nicht Partei, sondern erlangt nur eine prozessuale Stellung sui generis (vgl. Zogg, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess,

FamPra.ch 2017 S. 435, mit Verweis auf Rechtsprechung und Lehre).

3. Beurteilung der Berufung

3.1. Die Vorinstanz erwog, gemäss Art. 59 ZPO trete das Gericht auf ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt seien. Dazu gehöre insbesondere, dass die Sache nicht anderweitig rechtshängig sei (mit Verweis auf Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO). Das Gericht habe die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen. Vorliegend sei gemäss der am 27. September 2021 erfolgten telefonischen Auskunft des Scheidungsrichters am Kreisgericht St. Gallen das Eheschutzverfahren an jenem Gericht erledigt worden. Bereits am 30. April 2021 sei zwischen den Parteien ein Scheidungsverfahren anhängig gemacht worden. In diesem Verfahren sei über den Antrag auf Abänderung der Eheschutzmassnahmen entschieden worden. Dieser Entscheid sei ans Kantonsgericht und anschliessend ans Bundesgericht weitergezogen worden. Das Verfahren sei derzeit noch am Bundesgericht hängig, womit das Scheidungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei. Sobald ein Eheschutzverfahren erledigt und ein Scheidungsverfahren hängig sei, habe – so die Vorinstanz – das Scheidungsgericht über sämtliche Gesuche betreffend Abänderung des Eheschutzentscheids zu befinden. Welche Instanz vorliegend über die Anträge des Gesuchstellers zu entscheiden habe, könne offenbleiben. Klar sei, dass das angerufene Gericht offensichtlich nicht zuständig sei, weshalb auf die Anträge des Gesuchstellers nicht einzutreten sei (Urk. 8 E. 2 und 3).

3.2. Der Gesuchsteller macht berufsungsweise zunächst geltend, die Vorinstanz habe in Verletzung von Art. 6 und 8 EMRK keine Aktennotiz über das geführte Telefonat erstellt bzw. eine solche Aktennotiz sei ihm nicht vorgelegt worden. Bei Kenntnis der Aktennotiz hätte er die Berufung "wirksamer" verfassen können, womit sein Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK verletzt worden sei. Zudem wäre darzulegen gewesen, welcher Gerichtsmitarbeiter die Auskunft erteilt habe, um allfällige Interessenkonflikte ausschliessen zu können. Auch sei das von der Vorinstanz angeführte Datum unzutreffend. Am 30. April 2021 sei kein (Scheidungs-)Verfahren anhängig gemacht worden. Richtig sei jedoch, dass die Gesuchsgegnerin am 1. August 2018 eine Abänderung des Eheschutzentscheids verlangt habe, der in der Folge ergangene Entscheid angefochten worden sei und das Verfahren derzeit am Bundesgericht pendent sei (vgl. Urk. 7 S. 8 f. Ziff. 9).

Der (sinngemässe) Vorwurf des Gesuchstellers, er sei vor Erlass des vorinstanzlichen Entscheids nicht über die Aktennotiz vom 27. September 2021 orientiert worden bzw. habe sich nicht dazu äussern können, mag gerechtfertigt sein. Allerdings kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2. m.w.H.). Das Obergericht verfügt im Berufungsverfahren über eine umfassende Kognition (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 6), mithin über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz. Der Berufungsinstanz steht daher im Rahmen der Berufungsanträge eine uneingeschränkte Überprüfung des angefochtenen Entscheides im genannten Sinne zu. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, trat die Vorinstanz zudem zu Recht nicht auf das Gesuch des Gesuchstel-

lers ein. Eine Rückweisung kann damit unterbleiben. Abgesehen davon moniert der Gesuchsteller den Inhalt der Aktennotiz – mit Ausnahme des angeblichen Datums der Scheidungsklage – nicht als unzutreffend, womit die gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs offensichtlich keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang hatte. Eine Rückweisung kann damit auch aus diesem Grund unterbleiben (vgl. BGer 5A_914/2018 vom 18. Dezember 2019, E. 3.2. m.w.H.). Soweit der Gesuchsteller geltend macht, er hätte seine Rechtsmittelschrift bei Kenntnis der Aktennotiz "wirksamer" verfassen können, ist ihm entgegenzuhalten, dass er nach Erhalt des vorinstanzlichen Entscheids und vor Verfassen seiner Berufungsschrift Einsicht in die Akten hätte nehmen können. Beim monierten Datum handelt es sich schliesslich um einen offensichtlichen Verschieb. In der Aktennotiz hielt die Vorinstanz nämlich fest, gemäss Auskunft des Scheidungsrichters am Kreisgericht St. Gallen sei die Scheidungsklage am 30. April 2019 eingegangen (vgl. Urk. 4). Dies deckt sich im Wesentlichen mit den Angaben des Gesuchstellers, welcher in seiner Berufungsschrift ausführt, die Gesuchsgegnerin habe am 26. April 2019 die dritte Scheidungsklage eingereicht (Urk. 7 S. 5 Ziff. 4; vgl. auch Urk. 10/3 Rz. 10). Damit gehen sämtliche in diesem Zusammenhang vorgebrachten Rügen des Gesuchstellers ins Leere.

3.3. Im Weiteren bemängelt der Gesuchsteller, die Vorinstanz sei zu Unrecht nicht auf sein Gesuch um Abänderung des Eheschutzurteils vom 18. Januar 2021 bzw. um Erlass von Kindesschutzmassnahmen eingetreten. Entgegen der Vorinstanz bestehe keine anderweitige Rechtshängigkeit. Eventualiter hätte [bei anderweitiger Rechtshängigkeit] das vorinstanzliche Verfahren sistiert werden müssen (Urk. 7 S. 3 f. Ziff. 1 und S. 7 f. Ziff. 6 f.).

Für den Erlass von Eheschutzmassnahmen ist vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens das Eheschutzgericht am Wohnsitz einer der Parteien zuständig. Nach Rechtshängigkeit der Scheidung können Eheschutzmassnahmen nur noch als vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren beantragt werden (vgl. Hurni, Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Eheschutz- und Scheidungsgericht, AJP 2021, S. 712 m.w.H.; Zogg, "Vorsorgliche" Unterhaltszahlungen im Familienrecht, FamPra.ch 2018, S. 55 f.). Vom Eheschutzgericht bereits getroffene

Anordnungen gelten weiter. Sie können abgeändert oder aufgehoben werden, wobei ab Hängigkeit der Scheidungsklage bzw. des Scheidungsbegehrens neu das Scheidungsgericht dafür zuständig ist (BK ZPO-Spycher, Art. 276 N 29; s.a. Hurni, a.a.O.). Die erforderlichen Kindesschutzmassnahmen werden durch das mit der Ehescheidung oder dem Eheschutz befasste Gericht erlassen, soweit dieses die Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten hat (Art. 315a Abs. 1 ZGB).

Vorliegend blieb unbestritten, dass das Scheidungsverfahren bei Einreichung des (Abänderungs-)Gesuchs des Gesuchstellers bereits pendent war. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, fehlte es damit an der Prozessvoraussetzung der (sachlichen) Zuständigkeit der Vorinstanz als angerufenes Eheschutzgericht (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Soweit der Gesuchsteller in seiner Berufungsschrift ausführt, dass und weshalb keine anderweitige Rechtshängigkeit der Sache gegeben sei (Urk. 7 S. 3 f. Ziff. 1 und S. 7 f. Ziff. 6 f.), gehen seine Vorbringen an der Sache vorbei, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist. Auch sein Vorwurf, der Weg zum Eheschutzrichter werde während des hängigen, aber "krass missbräuchlich instrumentalisierten" Scheidungsverfahrens blockiert, wodurch ihm (dem Gesuchsteller) der Justizzugang missbräuchlich verweigert werde (Urk. 7 S. 4 f. Ziff. 2), geht ins Leere. Dem Gesuchsteller steht es grundsätzlich frei, während des hängigen Scheidungsverfahrens beim Scheidungsgericht im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen um Abänderung von angeordneten Eheschutzmassnahmen oder um Anordnung von Kindesschutzmassnahmen zu ersuchen. Was der Gesuchsteller mit seinen Vorbringen, die Gesuchsgegnerin habe während des noch pendenten (zweiten) Scheidungsverfahrens am Kreisgericht St. Gallen unzulässigerweise ein weiteres (drittes) Scheidungsverfahren anhängig gemacht, wobei die Abweisung des zweiten Scheidungsbegehrens erst nachträglich erfolgt sei (Urk. 7 S. 5 f. Ziff. 3 f.), bzw. die Gesuche der Gesuchsgegnerin um Abänderung des Eheschutzentscheids seien während des sistierten Scheidungsverfahrens jeweils gutgeheissen worden (vgl. Urk. 7 S. 10 Ziff. 10), geltend machen will, bleibt unklar. Abgesehen davon, dass der Gesuchsteller seine diesbezüglichen (unsubstantiierten) Vorbringen ohnehin nicht rechtsgenügend glaubhaft zu machen vermag, sind angebliche Mängel in anderen Verfahren mit dem gegen

den jeweiligen Entscheid zur Verfügung stehenden Rechtsmittel zu rügen. Dass dem Gesuchsteller von der unentgeltlichen Rechtsauskunftsstelle des Bezirksgerichts Winterthur und des Bezirksgerichts Zürich die Auskunft erteilt worden sei, er solle sich betreffend Abänderung des Eheschutzentscheids sowie (superprovisorisch anzuordnende) Kindesschutzmassnahmen an die Zürcher Gerichte wenden (Urk. 7 S. 10 Ziff. 10), stellt eine blosser Behauptung dar, welche durch keine objektiven Anhaltspunkte untermauert wurde. Unabhängig davon ist eine solche Auskunft – selbst wenn sie tatsächlich so erteilt worden sein sollte – für das mit der Sache befasste Gericht ohnehin nicht bindend. Insgesamt erweist sich die Berufung damit auch in diesem Punkt als unbegründet.

3.4. Der Gesuchsteller rügt im Weiteren eine ungerechtfertigte Beschränkung des Zugangs zum Gericht. Hierzu bringt er vor, er habe seine Beilagen aufgrund der Grössenbeschränkung bei elektronischen Eingaben ausdrucken lassen und bei der Vorinstanz vorbeibringen müssen, wodurch ihm Kosten von mindestens Fr. 300.– (Kopierkosten, Autofahrt, Parkkosten, Zeiteinsatz) entstanden seien. Diese Auslagen seien ihm zu ersetzen (Urk. 7 S. 6 Ziff. 5 und Urk. 7, Ziffer 2 der Anträge).

Da der Gesuchsteller seine Unterlagen physisch hat einreichen können, wurde sein Zugang zum Gericht nicht beeinträchtigt. Zudem lässt er offen, *wer* ihm die angeblichen Kosten zu vergüten hat. Da es damit an der erforderlichen Bestimmtheit des Rechtsbegehrens fehlt, ist bereits aus diesem Grund auf seinen diesbezüglichen Berufungsantrag nicht einzutreten. Abgesehen davon wäre – sollte der Gesuchsteller der Ansicht sein, der *Staat* habe ihm diese Kosten zu ersetzen – die angerufene Kammer vorliegend als Rechtsmittelinstanz zur Behandlung seines erstmals im Berufungsverfahren gestellten Schadenersatzbegehrens nicht zuständig. Sofern der Gesuchsteller der Ansicht sein sollte, die *Gesuchsgegnerin* hätte für seine Auslagen aufzukommen, wäre ihm entgegenzuhalten, dass er als unterliegende Partei keinen Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 95 ZPO hat.

3.5. Schliesslich moniert der Gesuchsteller, der angefochtene Entscheid enthalte eine unvollständige Rechtsmittelbelehrung. Es werde darin lediglich auf die Mög-

lichkeit der Rechtsmitteleingabe auf dem Postweg hingewiesen. Indes könne die Rechtsmittelschrift auch am Schalter des Obergerichts abgegeben oder elektronisch per IncaMail oder PrivaSphere eingereicht werden. Indem in der Rechtsmittelbelehrung die weiteren Möglichkeiten verschwiegen würden, sei "die zu wahrende Neutralität gegenüber den von unterschiedlichen Transportanbietern angebotenen Transportwegen" verletzt worden (Urk. 7 S. 11 Ziff. 11).

Der Gesuchsteller macht nicht geltend, dass ihm persönlich aus der angeblich unvollständigen Rechtsmittelbelehrung ein Nachteil erwachsen sei. Ein Rechtsschutzinteresse ist damit nicht ersichtlich (vgl. BGer 2C_72/2016 vom 3. Juni 2016, E. 4.2.). Entsprechend braucht darauf nicht weiter eingegangen zu werden.

3.6. Zusammenfassend ist auf den Berufungsantrag Ziffer 2 (Ersatz der Auslagen in Höhe von Fr. 300.–) nicht einzutreten. Im Übrigen erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen. Damit bleibt es auch bei den erstinstanzlich festgelegten Kosten- und Entschädigungsfolgen (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO). Allerdings ist das Verfahren – wie die Vorinstanz grundsätzlich zutreffend erwogen hat (vgl. Urk. 8 E. 3) – durch Nichteintreten auf das Gesuch und nicht durch Abweisung des Gesuchs zu erledigen.

4. Beurteilung der Beschwerde

4.1. Die Vorinstanz wies das vom Gesuchsteller gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit der Begründung ab, aufgrund der fehlenden Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergebe sich ohne Weiteres, dass das Verfahren bereits bei dessen Einreichung aussichtslos gewesen sei (Urk. 8 E. 5).

4.2. Der Gesuchsteller rügt in diesem Zusammenhang, die Gesuchsgegnerin sei – im Gegensatz zu ihm – "bestens leistungsfähig", weshalb sie für die Verfahrenskosten aufzukommen habe. "Eventualiter" sei die "Sachentscheidungs Voraussetzung" gegeben und es sei dem Gesuchsteller die unentgeltliche Rechtspflege für das erstinstanzliche (sowie das zweitinstanzliche) Verfahren zu gewähren. Abgesehen davon beleuchte der vorinstanzliche Entscheid die Verursacher-

bzw. Verschuldensfrage "für die Prozessaufwände" nicht. Da das Verschulden bei der Gesuchsgegnerin liege, wäre die unentgeltliche Rechtspflege selbst bei einer fehlenden Zuständigkeit zu gewähren (Urk. 7 S. 8 Ziff. 8).

4.3. Was der Gesuchsteller mit seinen Vorbringen bezüglich der Leistungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin konkret geltend machen will, ist nicht gänzlich klar. Zudem legt er nicht dar, weshalb die Gesuchsgegnerin "bestens leistungsfähig" sein soll, sondern belässt es bei einer pauschalen Behauptung. Wie vorstehende Erwägungen erhellen, ging die Vorinstanz zu Recht von einer fehlenden (sachlichen) Zuständigkeit und damit von einer fehlenden Prozessvoraussetzung aus, weshalb die Rechtsbegehren des Gesuchstellers von vornherein aussichtslos waren. Das Verschulden ist sodann kein Kriterium bei der Prüfung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege (vgl. Art. 117 ZPO). Demgemäss erweist sich auch die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

5. Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen. Sie ist ausgangsgemäss dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Daran ändert auch die Korrektur bezüglich der Erledigung des Verfahrens (Nichteintreten anstatt Abweisung) nichts. Für das zweitinstanzliche Verfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsteller zufolge seines Unterliegens, der Gesuchsgegnerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2. Der Gesuchsteller ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren (Urk. 7 S. 2). Hierzu führt er aus, er sei mittellos. Überdies könne sein Gesuch nicht als aussichtslos bezeichnet werden, zumal das Gericht rechtliche Abklärungen habe tätigen müssen. Ausserdem könne ein Begehren dann nicht als aussichtslos bezeichnet werden, wenn der herrschenden Lehre zwei Gegenmeinungen gegenüberstünden und der Berufungskläger die Mindermeinung vertrete (Urk. 7 S. 11 f. Ziff. 12).

Wie vorstehende Erwägungen zeigen, waren die Anträge des Gesuchstellers von vornherein aussichtslos. Umfangreiche rechtliche Abklärungen waren – entgegen seiner Ansicht – nicht notwendig. Welche zwei Gegenmeinungen welcher herrschenden Lehrmeinung gegenübergestanden haben sollen und welche Minderheitsmeinung der Gesuchsteller vorliegend vertreten haben will, lässt er in der Folge offen und ist auch nicht ersichtlich. Entsprechend ist das – im Übrigen nur sehr rudimentär begründete – Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren RE210009-O wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt und unter der Prozessnummer LE210058-O weitergeführt.
2. Das Beschwerdeverfahren RE210009-O wird als dadurch erledigt abgeschlossen.
3. Auf die Berufung wird nicht eingetreten, soweit sie namens der gemeinsamen Kinder C.____, geboren am tt.mm.2007, und D.____, geboren am tt.mm.2010, erhoben wurde.
4. Auf den Berufungsantrag Ziffer 2 wird nicht eingetreten.
5. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren wird abgewiesen.
6. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Auf das Gesuch des Gesuchstellers betreffend Abänderung der Eheschutzentscheide des Kantonsgerichts St. Gallen vom 18. Januar 2021 bzw. 19. April 2018 inkl. Begehren um Erlass vorsorglicher und superprovisorischer Massnahmen wird nicht eingetreten.

2. Die Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, vom 27. September 2021 wird abgewiesen.
3. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffern 3-5) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt.
6. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel der Urk. 7, 9 und 10, das Migrationsamt des Kantons Zürich (im Dispositivauszug), sowie die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie in Bezug auf Ziffer 3 des Beschlusses sowie Ziffer 1 des Urteils 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.

Zürich, 13. Januar 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
Im