

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE230034-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss vom 30. August 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

**Angekündigte Berufung gegen ein Teilurteil des Einzelgerichts im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 14. Juli 2023
(EE230047-F)**

Erwägungen:

1. a) Am 21. Juni 2023 stellte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) ein Gesuch um Eheschutz (Urk. 5/2/1). Am 14. Juli 2023 erliess die Vorinstanz ein Teilurteil, worin sie im Wesentlichen den Parteien das Getrenntleben bewilligte, die Gesuchstellerin zur Verlegung des Aufenthaltsortes des Sohnes (geboren im mm.2016) nach C._____ berechnigte, ab Verlegung des Aufenthaltsortes den Sohn unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin stellte und bis zur Verlegung die Parteien berechnigte und verpflichtete, den Sohn jeweils wie vereinbart zu betreuen (Urk. 5/2/23 = Urk. 2). Dieses Teilurteil erging in unbegründeter Ausfertigung und der Gesuchsgegner verlangte fristgerecht dessen Begründung (Urk. 5/4; vgl. Urk. 5/2/24/2); die Begründung ist noch ausstehend.

b) Am 22. August 2023 reichte der Gesuchsgegner beim Obergericht ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und Erlass superprovisorischer vorsorglicher Massnahmen ein und stellte die Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Der noch zu erfolgenden Berufung gegen das bislang unbegründete Teilurteil des Bezirksgerichts Horgen vom 14. Juli 2023 (Geschäftsnummer EE230047) sei hinsichtlich der Ziffer 2 (Erlaubnis zum Wegzug) aufschiebende Wirkung zu erteilen sowie klarzustellen, dass das Teilurteils vom 14. Juli 2023 in den Ziffern 1-11 nicht vollstreckbar ist.
2. Im Sinne einer superprovisorischen Massnahme für die Dauer des hängigen Verfahrens (Geschäftsnummer EE230047) sei die Obhut für den gemeinsamen Sohn D._____, geb. tt.mm.2016, auf den Gesuchsgegner zu übertragen und ein Kontaktverbot für die Mutter B._____ zu erteilen.
3. Im Sinne einer superprovisorischen Massnahme, unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gem. Art. 292 StGB, sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, den gemeinsamen Sohn D._____, geb. am tt.mm.2016, innerhalb von drei Tagen bei der Einwohnerkontrolle in C._____ abzumelden und ihn bei Einwohnerkontrolle in E._____ unter der bisherigen Adresse wieder anzumelden.
4. Im Sinne einer superprovisorischen Massnahme sei die Einwohnerkontrolle E._____ anzuweisen, die Abmeldung von D._____, geb. am tt.mm.2016, wieder rückgängig zu machen und die Meldeadresse an der F._____-strasse ..., E._____ wiederherzustellen.
5. Im Sinne einer superprovisorischen Massnahme sei der Gesuchstellerin bis zu einem rechtskräftigen Entscheid zu verbieten, den Wohnsitz des gemeinsamen Sohnes D._____ von der Adresse F._____-strasse ..., E._____ zu verlegen.

6. Im Sinne einer superprovisorischen Massnahme sei der Gesuchstellerin unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gem. Art. 292 StGB bis zu einem rechtskräftigen Entscheid zu verbieten, den Sohn an der Privatschule G._____ in H._____ anzumelden, und sie sei zu verpflichten, die allfällig erfolgte Anmeldung an der Privatschule G._____ rückgängig zu machen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin, zuzüglich Mehrwertsteuer."

c) Bereits zuvor, am 21. August 2023, hatte die Gesuchstellerin am Obergericht eine Schutzschrift eingereicht für den Fall, dass der Gesuchsgegner um superprovisorischen Aufschub der Vollstreckung des Teilurteils vom 14. Juli 2023 oder um andere, die Vollstreckbarkeit dieses Teilurteils hindernde Massnahmen ersuche (Urk. 1 im obergerichtlichen Verfahren RX230003). Diese Schutzschrift samt Beilagen ist damit für das vorliegende Verfahren beizuziehen (Urk. 6 bis Urk. 8/2-16).

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden nicht beigezogen, da der Gesuchsgegner Kopien derselben als Beilagen eingereicht hat (Urk. 5/2).

2. Ein in unbegründeter Form eröffneter Eheschutzentscheid ist erst dann vollstreckbar, wenn entweder die Begründungsfrist unbenutzt abgelaufen ist oder aber – wenn eine Begründung verlangt wurde – der Entscheid in begründeter Form zugestellt wird (*OGer ZH, LE140036 vom 10. November 2014, E. 3; OGer ZH, PS200241 vom 4. Januar 2021, E. III; je m.w.H.*). Das vorinstanzliche, bislang erst in unbegründeter Form eröffnete Teilurteil vom 14. Juli 2023 ist somit noch gar nicht vollstreckbar. Daher kann dessen Vollstreckbarkeit begriffslogisch nicht aufgeschoben werden. Demgemäss ist auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a ZPO).

3. Hinsichtlich der angebehrten vorsorglichen Massnahmen stellt sich die Frage der sachlichen Zuständigkeit zu deren Erlass. Das Gesetz sieht zwar vor, dass vorsorgliche Massnahmen angebehrt und erlassen werden können, auch wenn die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig ist (Art. 263 ZPO). Im vorliegenden Fall aber ist das Eheschutzverfahren bereits und noch bei der Vorinstanz rechtshängig. Die sachliche Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen liegt damit grundsätzlich bei der Vorinstanz. Die Rechtsmittelinstanz wird

zu deren Erlass erst dann zuständig, wenn das entsprechende Rechtsmittel eingereicht worden ist. Bis dann bleibt die Zuständigkeit bei der ersten Instanz, die – auch wenn sie den Endentscheid bereits getroffen hat – um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ersucht werden muss (Devolutiveffekt; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2011, N 934, m.w.H.; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO-Komm., Art. 315 N 24; der vom Gesuchsgegner angeführte Entscheid des AppGer BS [Urk. 1 Rz 26] bezieht sich offenbar nur auf den vorsorglichen Aufschub bzw. die Aufhebung der Vollstreckung). Demgemäss kann auch auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vor Einreichung der Berufung nicht eingetreten werden.

4. a) Die Entscheidgebühr für das vorliegende (selbständige) Massnahmeverfahren ist in Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 12 GebV OG auf Fr. 1'200.-- festzusetzen.

b) Gemäss ständiger Rechtsprechung des Obergerichts sind mit Bezug auf Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84/1985 Nr. 41; Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Solche guten Gründe sind den Parteien nicht abzusprechen. Demgemäss sind die Gerichtskosten beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.

c) Entsprechend sind für das vorliegende Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

d) Die Prozesskosten des Schutzschriftverfahrens (RX230003) sind im vorliegenden Verfahren, in welchem die Schutzschrift beigezogen wurde, neu zu verteilen (OGer ZH RV220007 vom 4. Oktober 2022, E. III.1.6). Gemäss dem Gesagten (oben Erw. 4.b) sind auch die Gerichtskosten des Schutzschriftverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (und sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen). Der Gesuchsgegner ist daher zu verpflichten, der Gesuchstellerin die Hälfte der im Schutzschriftverfahren auferlegten Gerichtskosten von Fr. 1'000.- zu ersetzen, mithin Fr. 500.--.

Es wird beschlossen:

1. Auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird nicht eingetreten.
2. Auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vor Einreichung der Berufung wird nicht eingetreten.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Schutzschriftverfahren (RX230003) Fr. 500.-- zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von Urk. 1, Urk. 4 und Urk. 5/2, 4-6, an den Gesuchsgegner unter Beilage der Doppel von Urk. 6, Urk. 7 und Urk. 8/2-16, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
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 und 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, 30. August 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
jo