

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY180035-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

## Beschluss vom 27. Juli 2018

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law and Economics

X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte

sowie

**C.** \_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (vorsorgliche Massnahmen)**

**Gesuch betreffend die unbegründete Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 5. Juli 2018  
(FP170029-F)**

### **Erwägungen:**

**1.1** Mit unbegründeter Verfügung vom 5. Juli 2018 entschied die Vorinstanz über das Massnahmebegehren des Klägers sowie seine weiteren Anträge vom 3. Juli 2018 wie folgt (Urk. 2 S. 2 ff. = VI-Urk. 151; Urk. 141):

1. Der Beweisantrag des Klägers, es sei Dr. D. \_\_\_\_\_ als Zeuge einzuvernehmen, wird abgewiesen.
2. Auf den Antrag des Klägers, es sei die Schule E. \_\_\_\_\_ in F. \_\_\_\_\_ anzuweisen, C. \_\_\_\_\_ neuropsychologisch durch einen qualifizierten Kinderpsychiater abklären zu lassen und die notwendigen integrativen Massnahmen zu veranlassen, die eine reguläre Beschulung in einer Regelklasse ermöglichen, wird nicht eingetreten.
3. Das Kind C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010, wird ab 15. Juli 2018 für die Dauer des vorliegenden Verfahrens unter die Obhut der Beklagten gestellt. Der zivilrechtliche Wohnsitz des Kindes befindet sich ab dann bei der Beklagten.
4. Dem mit Entscheid des Bezirksgerichts Bremgarten vom 17. März 2017 und 26. Januar 2018 eingesetzten Beistand, G. \_\_\_\_\_, wird die Entscheidungsbefugnis in Bezug auf sämtliche Belange, welche die Schule/Ausbildung – inklusive Übernachtungen in der Schule – sowie die psychiatrischen/psychologischen Abklärungen und Therapien für das Kind C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010, betreffen, im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB übertragen. Die elterliche Sorge beider Elternteile wird im Sinne von Art. 308 Abs. 3 ZGB entsprechend eingeschränkt.
5. Die Kindesschutzbehörde Bremgarten wird angewiesen, die mit Entscheid vom 17. März 2017 angeordnete Erziehungsbeistandschaft weiterzuführen und im Sinne von Dispositivziffer 4 dieses Entscheides auszuweiten.
6. Der Kläger wird berechtigt und verpflichtet, C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010, ab dem 20. August 2018 für die Dauer des vorliegenden Verfahrens an jedem zweiten Wochenende von Freitagnachmittag (Schulschluss) bis Montagmorgen (Schulbeginn) sowie für zwei Wochen Ferien pro Jahr auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen.
7. Der Antrag des Klägers, es sei die Übergabe des Kindes bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens durch den Beistand oder eine vom Beistand bezeichnete neutrale Person zu begleiten, wird abgewiesen.
8. Die Entscheidgebühr für den vorsorglichen Massnahmeentscheid wird auf Fr. 5'400.– (Pauschalgebühr) festgesetzt.

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Entscheides, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

9. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
10. Den Parteien werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
11. (Schriftliche Mitteilung).
12. Dieser Entscheid erwächst in Rechtskraft, wenn nicht innert 10 Tagen von der schriftlichen Zustellung an von einer Partei schriftlich beim Bezirksgericht Horgen, Burghaldenstrasse 3, 8810 Horgen, eine Begründung verlangt wird (Art. 239 ZPO). Wird eine Begründung verlangt, so läuft den Parteien die Frist zur Erklärung einer Berufung ab Zustellung des begründeten Entscheids.

**Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).**

**Dieser Entscheid ist sofort vollstreckbar, eine Berufung gegen diesen Entscheid hat keine aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO).**

**1.2** Am 10. Juli 2018 reichte der Kläger bei der Vorinstanz ein Begehren um Begründung der vorgenannten Verfügung ein (Vi-Urk. 157).

**1.3** Zudem reichte der Kläger mit Schreiben vom 11. Juli 2018 (Datum Poststempel: 13. Juli 2018, eingegangen am 14. Juli 2018) zweitinstanzlich folgendes Gesuch ein (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei festzustellen, dass die unbegründete Verfügung vom 5. Juli 2018 bis zur Eröffnung der Entscheidbegründung weder rechtskräftig noch vollstreckbar ist.
2. Es sei die Vollstreckbarkeit des begründeten Entscheids bis zur Einreichung der begründeten Berufung und des darauffolgenden Entscheids des Obergerichts des Kantons Zürich aufzuschieben und die Regelung der Verfügung vom 4. Mai 2018 (FP170029-F/Z08/VK) weiterzuführen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Gesuchsgegnerin."

**1.4** Mit Schreiben vom 18. Juli 2018 reichte der Kläger das vom Rechtsvertreter der Tochter C.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 12. Juli 2018 gestellte Begehren um Erlass superprovisorischer Massnahmen sowie die daraufhin am 16. Juli 2018 ergangene vorinstanzliche Verfügung zur Kenntnissnahme ein (Urk. 9-11). Darin

hatte die Vorinstanz Dispositivziffer 4 und 5 der Verfügung vom 5. Juli 2018 superprovisorisch angeordnet (Urk. 10 S. 6 f.).

**2.1** Das Vorliegen einer schriftlichen Begründung des erstinstanzlichen Entscheides ist Voraussetzung für die Anfechtung desselben mit Berufung (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die vorinstanzliche Verfügung erging erst in unbegründeter Form, weshalb es an einem anfechtbaren Objekt, d.h. an einem begründeten Entscheid, mangelt. Zu Recht hat der Kläger denn auch keine Berufung erhoben; er hat seine Eingabe als "Gesuch um Aufschiebung der Vollstreckung der Verfügung vom 5. Juli 2018" bezeichnet (Urk. 1 S. 2).

**2.2.1** Der Berufung gegen vorsorgliche Massnahmen kommt von Gesetzes wegen keine Suspensivwirkung zu (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). Die Berufungsinstanz kann jedoch die Vollstreckbarkeit gemäss Art. 315 Abs. 5 ZPO aufschieben, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Ein Antrag betreffend aufschiebende Wirkung kann frühestens nach Zustellung der schriftlichen Begründung gestellt werden. Da bislang weder eine schriftliche Begründung der vorinstanzlichen Verfügung vom 5. Juli 2018 vorliegt noch Berufung erhoben wurde, ist die angerufene Kammer nicht zuständig, über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 315 Abs. 5 ZPO kann bei Entscheiden nach Art. 315 Abs. 4 ZPO nur die Rechtsmittelinstanz die Vollstreckbarkeit aufschieben; der erkennenden ersten Instanz fehlt hierfür die Zuständigkeit (*OGer ZH RV120010 vom 13.09.2012, E. III.1.c-g, S. 4-7*). Damit kann die Vollstreckbarkeit des begründeten Entscheids zum jetzigen Zeitpunkt nicht aufgeschoben werden.

**2.2.2** Auf die Frage des Zeitpunkts der Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids ist trotz Nichteintretens der Vollständigkeit und Klärung halber einzugehen: Wie die Kammer bereits in einem publizierten Entscheid betreffend Rechtsöffnung festgehalten hat, ist analog der Regelung von Art. 112 Abs. 2 BGG auch einem unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ergangenen beschwerdefähigen Entscheid die Vollstreckung zu versagen, solange nicht entweder die zehntägige Begründungsfrist (Art. 239 Abs. 2 ZPO) unbenützt abgelaufen oder die begründete Ausfertigung des Entscheids eröffnet worden ist (ZR 111

[2012] Nr. 70 E. 3.9.). Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass zur Frage, ob ein erst im Dispositiv (und allenfalls mündlich) eröffneter Entscheid vollstreckbar sei, in der ZPO eine echte Lücke bestehe, demgegenüber das Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) hierzu eine Regelung enthalte (wonach ein kantonaler Entscheid nicht vollstreckbar sei, solange nicht die Begründungsfrist unbenützt abgelaufen oder die begründete Ausfertigung eröffnet worden sei; Art. 112 Abs. 2 BGG). Diese Bestimmung fordere allgemeine Wirkung (*OGer ZH LE160013 vom 12.04.2016, E. 3.4, S. 7; OGer ZH LE140052 vom 19.09.2014, E. 2a, S. 3; OGer ZH LE120083 vom 13.12.2012, E. 3b, S. 6-7; OGer ZH RV120010 vom 13.09.2012, E. III.1c-g, S. 4-7; OGer ZH RT120039 vom 11.06.2012, E. 3.4-3.9, S. 10-15*).

**2.2.3** Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung könnte vor Eingang einer begründeten Berufungsschrift lediglich (aber immerhin) als Schutzschrift im Sinne von Art. 270 ZPO entgegengenommen werden. Die Schutzschrift ist eine antizipierte Stellungnahme zu einem erst erwarteten Antrag auf superprovisorischen Erlass einer Anordnung. Sie kommt deshalb überall dort in Frage, wo das Gericht im durch den erwarteten Antrag ausgelösten Verfahren den Standpunkt beider Parteien berücksichtigen darf und muss (BSK ZPO-Hess-Blumer, Art. 270 N 6). Dies ist vorliegend nicht der Fall: So erklärt sich der Kläger mit der vorinstanzlichen Verfügung vom 5. Juli 2018 nicht einverstanden. Entsprechend ist aber davon auszugehen, dass er bei Vorliegen der begründeten Fassung Berufung erheben und gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebende Wirkung stellen würde. Entsprechend ist eine diesbezügliche Schutzschrift entbehrlich. Dasselbe hätte für die Beklagte zu gelten. Das vorliegende Gesuch als Schutzschrift entgegenezunehmen würde nur dann Sinn ergeben, wenn der Kläger mit der vorinstanzlichen Verfügung vom 5. Juli 2018 einverstanden wäre und mit einer dagegen gerichteten Berufung mit gleichzeitigem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung seitens der Beklagten rechnete. Solches macht er nicht geltend. Entsprechend ist das Gesuch nicht als Schutzschrift entgegenezunehmen; es ist darauf nicht weiter einzugehen.

**2.3** Des Weiteren ersucht der Kläger, es sei festzustellen, dass die vorinstanzliche Verfügung vom 5. Juli 2018 nicht rechtskräftig geworden sei. Hierzu hielt das Bundesgericht fest, dass die Frage der Rechtskraft in einem Vollstreckungsverfahren zu entscheiden sei (BGer 5A\_348/2014 vom 24. Juli 2014, E. 3.3-3.4; BGer 5A\_521/2015 vom 11. Februar 2016, E. 1). Entsprechend aber ist auch hierauf nicht einzutreten.

**3.** Damit erweist sich das Gesuch des Klägers als offensichtlich unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Antwort verzichtet werden kann (Art. 253 ZPO). Auf das Gesuch ist nicht einzutreten.

**4.1** Die obergerichtliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

**4.2** Der Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

### **Es wird beschlossen:**

1. Auf das Gesuch des Klägers um Aufschiebung der Vollstreckbarkeit der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 5. Juli 2018 wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des obergerichtlichen Verfahrens werden dem Kläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Verfahrensbeteiligte, an die Beklagte und die Verfahrensbeteiligte unter Beilage je eines Doppels bzw.

einer Kopie der Urk. 1, Urk. 4-6 und Urk. 9-11, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen 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 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, 27. Juli 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:  
am