

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ230018-O/U

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

Beschluss vom 11. Mai 2023

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Kläger und Berufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X1._____,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2._____,

gegen

C._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

sowie

D._____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X1._____,

betreffend **Unterhalt und weitere Kinderbelange (vorsorgliche Massnahmen)**

**Gesuch betreffend die unbegründete Verfügung des Einzelgerichts im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 21. April 2023
(FK210064-K)**

Erwägungen:

1.1. Die Kläger und Berufungskläger (fortan: Kläger) sind die beiden Kinder des Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan: Beklagter) und der Verfahrensbeteiligten. Sie stehen seit dem 16. Dezember 2021 vor Vorinstanz in einem Verfahren betreffend Unterhalt und weitere Kinderbelange (Urk. 6/1).

1.2. Am 9. März 2022 schlossen die Kindseltern eine Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Urk. 6/15), welche von der Vorinstanz mit Verfügung vom 23. März 2022 genehmigt wurde (Urk. 6/18). Mit Eingabe vom 27. Januar 2023 beantragte der Beklagte, es sei in Abänderung bzw. Ergänzung der vorerwähnten Vereinbarung ein Ferienbesuchsrecht festzulegen (Urk. 6/77). Am 21. April 2023 verfügte die Vorinstanz in vorerst unbegründeter Form eine Ergänzung des Besuchsrechts um eine Regelung betreffend Ferien und Feiertage (Urk. 2 S. 5 ff. = Urk. 6/123 S. 5 ff.).

1.3. Mit Schreiben vom 28. April 2023 ersuchte die Verfahrensbeteiligte die Vorinstanz um Begründung der Verfügung vom 21. April 2023 (Urk. 6/127). Mit Eingabe vom 4. Mai 2023 wandte sie sich sodann im Namen der Kläger an das Obergericht und stellte folgende Anträge (Urk. 1 S. 3):

- "1. Es sei die Vollstreckung der Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur vom 21. April 2023 (Geschäfts-Nr.: FK210064) betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen (vorsorgliche Regelung Feiertags- und Ferienbesuchsrecht) aufzuschieben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Beklagten."

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 Anfechtungsobjekt mangelt. Zu Recht wurde denn auch keine Berufung erhoben; die Eingabe erfolgte vielmehr unter dem Titel "Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (aufschiebende Wirkung der Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur vom 21. April 2023; FK210064-K)" bzw. "Gesuch um aufschiebende Wirkung" (Urk. 1 S. 1 und 3).

2.2. 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 erst ab diesem Zeitpunkt überhaupt ein Rechtsmittel eingereicht werden kann, welches bewirkt, dass die Zuständigkeit für das Verfahren (und damit auch zum Erlass vorsorglicher Massnahmen und prozessleitender Verfügungen) von der ersten Instanz auf die Rechtsmittelinstanz übergeht (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 315 N 7). Da bis anhin weder eine schriftliche Begründung der vorinstanzlichen Verfügung vom 21. April 2023 vorliegt noch Berufung erhoben wurde, ist die angerufene Kammer nicht zuständig, über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden.

2.3. Abgesehen davon ist (bis zum Inkrafttreten der Änderung der Zivilprozessordnung vom 17. März 2023 [BBI 2023 786]) gemäss Praxis der beschliessenden Kammer einem in unbegründeter Form ergangenen Entscheid in analoger Anwendung von Art. 112 Abs. 2 Satz 3 BGG 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; *OGer ZH LY180035 vom 27. Juli 2018, E. 2.2.2*; *OGer ZH LE160013 vom 12. April 2016, E. 3.4*; *OGer ZH LE140052 vom 19. September 2014, E. 2a*; *OGer ZH LE120083 vom 13. Dezember 2012, E. 3b*; *OGer ZH RV120010 vom 13. September 2012, E. III/1c-g*; vgl. auch BGE 142 III 695 E. 4.2.1 = Pra 107/2018 Nr. 17; BGE 141 I 97 E. 7.1; *OGer ZH LF190015 vom 27. März 2019, E. II/4.3*). Entsprechend gäbe es in der vorliegenden Konstellation ohnehin nichts aufzuschieben, weshalb dem Gesuch auch aus diesem Grund kein Erfolg beschieden gewesen wäre.

3. Nach dem Gesagten erweist sich das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als offensichtlich unzulässig, weshalb vom Einholen einer Antwort abgesehen werden kann und auf das Gesuch sogleich nicht einzutreten ist.

4.1. Die obergerichtliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Nach der Praxis der beschliessenden Kammer sind in Verfahren der vorliegenden Art Kindern keine Prozesskosten aufzuerlegen (vgl. *OGer ZH LZ210002 vom 8. April 2022, E. IV/2.2*, und *OGer ZH LZ190022 vom 20. November 2019, E. D.2*), zumal im Grundsatz die Eltern für die Prozesskosten ihrer Kinder aufzukommen haben (BGE 127 I 202 E. 3d). Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass das von der Verfahrensbeteiligten namens der Kinder eingereichte Gesuch offensichtlich unzulässig ist (vgl. die obigen Erwägungen) und es deshalb unbillig erschiene, wenn der Beklagte sich gleichwohl an dessen Finanzierung beteiligen müsste. In der konkreten Konstellation erscheint es vielmehr sachgerecht, die Kosten für das Verfahren der Verfahrensbeteiligten aufzuerlegen.

4.2. Dem Beklagten und der Verfahrensbeteiligten sind mangels relevanter Umtriebe im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf das Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Winterthur vom 21. April 2023 im Verfahren FK210064-K wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des obergerichtlichen Verfahrens werden der Verfahrensbeteiligten auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger und den Beklagten unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 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, 11. Mai 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
st