

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LZ230031-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler sowie  
Leitende Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Ferreño

## **Beschluss vom 21. August 2023**

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt ass. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Kinderbelange (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 25. Juli 2023 (FK230011-L)**

### Erwägungen:

1. a) Die Parteien sind die nicht verheirateten Eltern der Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2020, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2022. Mit Eingabe vom 27. Januar 2023 reichte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan: Klägerin) bei der Vorinstanz Klage betreffend Unterhalt und weitere Kinderbelange gegen den Beklagten und Berufungskläger (fortan: Beklagter) ein (Urk. 5/2; samt entsprechender Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise ...+..., vom 24. November 2022, Urk. 5/1). Anlässlich der Verhandlung vom 13. April 2023 schlossen die Parteien eine Teilvereinbarung über vorsorgliche Massnahmen (Elterliche Sorge, Obhut, Betreuung und Beistandschaft; Urk. 5/36), welche die Vorinstanz mit gleichentags eröffnete Verfügung genehmigte (Urk. 5/37). Am 18. Juli 2023 fand eine Massnahmenverhandlung sowie die Fortsetzung der Hauptverhandlung statt, anlässlich derer sich die Parteien in einer weiteren Teilvereinbarung über vorsorgliche Massnahmen einigten (vgl. Urk. 5/55). Am 25. Juli 2023 eröffnete die Vorinstanz folgende Verfügung in unbegründeter Fassung (Urk. 5/59 = Urk. 2):

1. Die Vereinbarung der Parteien betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 18. Juli 2023 wird genehmigt. Sie lautet wie folgt:

#### **"1. Kitaanmeldung der Kinder**

Die Parteien verpflichten sich, ihre beiden Kinder, C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2020, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2022, bis **zum Freitag 21. Juli 2023** in der Kita E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_-Strasse ..., wie folgt **anzumelden**:

C.\_\_\_\_\_ ist ab dem 1. August 2023 im Umfang von 500% (5 Tage die Woche) anzumelden.

D.\_\_\_\_\_ ist ab dem 1. August 2023 im Umfang von 300% (Dienstag, Mittwoch, Donnerstag) sowie ab dem 1. September 2023 im Umfang von 400% (Dienstag, Mittwoch, Donnerstag und Freitag) anzumelden.

Die Parteien erklären sich damit einverstanden, dass diese Vereinbarung als schriftliche Kitaanmeldung von D.\_\_\_\_\_ bei der Kita E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_-Strasse ..., und als Abmeldung bei der Kita E.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_[Strasse] ..., gelten soll. Sie beantragen dem Gericht, diese Vereinbarung bei der Geschäftsleitung der Kita E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_-Strasse ..., einzureichen.

Die Parteien verpflichten sich, keine einseitigen Änderungen der Kitalösung der Kinder vorzunehmen.

Des Weiteren melden die Parteien D.\_\_\_\_\_ hiermit in der Kita E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_-Strasse ..., insgesamt im Umfang von 500% (5 Tage die Woche), auf den schnellstmöglichen Zeitpunkt an. Bis dies möglich ist, verpflichten sich die Eltern, D.\_\_\_\_\_ an den Montagen durch eine von der

Mutter beauftragte und vom Vater bezahlte Tagesmutter des Tagesmuttervereins betreuen zu lassen. Die Mutter fragt Frau H.\_\_\_\_\_ und Frau I.\_\_\_\_\_ des Tagesmuttervereins Zürich an und leitet die Informationen dem Vater zur Auswahl weiter. Der Vater wählt eine der beiden vorgeschlagenen Personen aus. Falls der Vater keine der beiden Tagesmütter innert 5 Tagen nach Zustellung der Informationen auswählt, kommt der Mutter das Auswahlrecht zu. Eine Abmeldung der Tagesmutter kann nur gemeinsam erfolgen. Sofern Frau H.\_\_\_\_\_ und Frau I.\_\_\_\_\_ die Betreuung nicht gewährleisten können, wird die Betreuung durch Frau J.\_\_\_\_\_ (Tel.: ...) durch den Vater organisiert, beauftragt und bezahlt. Der Vater verpflichtet sich, der Mutter Unterlagen über den allfälligen Auftrag von Frau J.\_\_\_\_\_ zuzustellen. Auch bei einer allfälligen Anstellung von Frau J.\_\_\_\_\_ kann die Abmeldung nicht einseitig erfolgen.

## 2. **Vorsorgliche Massnahmen**

Diese Vereinbarung tritt als vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfahrens schon am 18. Juli 2023 in Kraft.

Im Übrigen bleibt die Teilvereinbarung für die Dauer des Verfahrens des Bezirksgerichts Zürich vom 13. April 2023 (act. 36, FK230011-L) weiterhin gültig."

2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
3. (Schriftliche Mitteilung.)
4. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **10 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

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

**Dieser Entscheid ist sofort vollstreckbar (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO)."**

b) Mit am 10. August 2023 um 23.16 Uhr (= Abgabezeitpunkt) beim Obergericht des Kantons Zürich mittels IncaMail eingereichter elektronischer Post erhob der Beklagte innert der zehntägigen Frist (vgl. Urk. 1A und 4/24) gemäss Dispositiv-Ziffer 4 Berufung gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 25. Juli 2023 mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2 f.).

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich mit Datum vom 25. Juli 2023 im Verfahren mit der Geschäftsnummer FK230011 sei aufzuheben.
2. Unter Einschränkung der elterlichen Sorge in Bezug auf die Bestimmung der KiTa und die Betreuungstage seien diese wie folgt festzulegen:
  - a. C.\_\_\_\_\_, tt.mm.2020, wird im Umfang von 500% (5 Tage die Woche) in der Kita E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_-Strasse ..., betreut.
  - b. D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2022, wird im Umfang von 300%, entsprechend 3 Tage pro Woche, Dienstag, Mittwoch und Freitag in der Kita E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_-Strasse ..., und im Umfang von 200%, entsprechend 2 Tage pro Woche, Montag und Freitag in der Kita E.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_-Strasse ... betreut.
  - c. Ab September 2023 wird der Umfang von D.\_\_\_\_\_ in der Kita E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_-Strasse ... auf 400%, entsprechend 4 Tage pro Woche, zusätzlich

dem Montag, erhöht und in der Kita E.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_-Strasse ... auf 100% entsprechend einem Wochentag, den Freitag, reduziert.

- d. Ziel ist eine vollständige Betreuung beider Kinder in der Kita E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ab Oktober.
3. *Eventualiter* sei das Verfahren für einen Entscheid zurück an die Vorinstanz zu verweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Auslagen und Mehrwertsteuer zulasten der Berufungsbeklagten.

Prozessuale Anträge:

- I. Verfügungen und Eingaben der Gegenseite seien dem Rechtsvertreter des Berufungsklägers auf dem Wege des elektronischen Rechtsverkehrs zuzustellen, *eventualiter*, d.h. wenn bei Gericht die Möglichkeit einer elektronischen Signatur fehlt, wenigstens zusätzlich zur Briefform über die vom Kanton verwendete, offizielle Zustellplattform (IncaMail).
- II. Auf Empfangsbestätigungen für eingeschriebene Sendungen sei zu verzichten.
- III. Auf die Rücksendung elektronisch eingereichter Unterlagen an den Rechtsvertreter des Berufungsklägers nach Verfahrensabschluss sei zu verzichten."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als offensichtlich unzulässig erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Der Beklagte erhob – entsprechend der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung (vgl. Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 4) – Berufung gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 25. Juli 2023 (Urk. 1). Die angefochtene Verfügung über vorsorgliche Massnahmen erging im summarischen Verfahren und wurde in unbegründeter Fassung eröffnet (Urk. 2). Ein unbegründeter Entscheid kann indessen nicht direkt angefochten werden. Vielmehr ist eine schriftliche Begründung nachzuliefern, wenn eine Partei dies innert zehn Tagen seit der Eröffnung des unbegründeten Entscheids verlangt (Art. 239 Abs. 2 ZPO). Erst der begründete Entscheid stellt ein taugliches Anfechtungsobjekt dar. Dagegen ist auf ein Rechtsmittel gegen einen unbegründeten Entscheid nicht einzutreten (ZK ZPO-Staehelin, Art. 239 N 31 m.w.H.; BSK ZPO-Steck/Brunner, Art. 239 N 21 ff. m.w.H.; Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 239 N 31 m.w.H.). Folglich ist auf die Berufung des Beklagten mangels Anfechtungsobjekts nicht einzutreten.

b) Zu prüfen ist, ob der Beklagte die Folgen aus der hier erfolgten falschen Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz zu tragen hat. Aus dem Prinzip von

Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) leitet die Rechtsprechung ein Recht auf Vertrauensschutz ab. Daraus ergibt sich, dass den Parteien aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich keine Nachteile erwachsen dürfen. Den erwähnten Schutz kann eine Prozesspartei indes nur dann beanspruchen, wenn sie sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte. Dies trifft auf die Partei nicht zu, welche die Unrichtigkeit erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen. Allerdings vermag nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der betroffenen Partei oder ihres Anwalts eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen. Wann der Prozesspartei eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen, wobei bei Anwälten naturgemäss ein strengerer Massstab anzulegen ist. Von ihnen wird jedenfalls eine "Grobkontrolle" der Rechtsmittelbelehrung durch Konsultierung der anwendbaren Verfahrensbestimmungen erwartet. Dagegen wird nicht verlangt, dass neben den Gesetzestexten auch noch die einschlägige Rechtsprechung oder Literatur nachgeschlagen wird (BGE 138 I 49 E. 8.3 = Pra 101/2012 Nr. 72; BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1; BGE 134 I 199 E. 1.3.1).

Vorliegend hätte der Beklagte bzw. dessen Rechtsvertreter bei einer Grobkontrolle die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung ohne Weiteres erkennen können, geht doch aus der massgeblichen Bestimmung im Gesetz hervor, dass das Gericht seinen Entscheid ohne schriftliche Begründung durch Zustellung des Dispositivs eröffnen kann und eine schriftliche Begründung nachzuliefern hat, wenn eine Partei dies innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheids verlangt (Art. 239 Abs. 1 und 2 ZPO). Entsprechend hätte die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung in der vorinstanzlichen Verfügung vom 25. Juli 2023 (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 4) vom anwaltlich vertretenen Beklagten erkannt werden müssen. Der Vertrauensschutz greift somit vorliegend nicht.

c) Die unbegründete Verfügung der Vorinstanz vom 25. Juli 2023 wurde dem Beklagten am 31. Juli 2023 zugestellt (Urk. 4/22). Die Frist für das Ersuchen um schriftliche Begründung der Verfügung vom 25. Juli 2023 lief dem Beklagten demzufolge am 10. August 2023 ab (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Die am 10. August

2023 per IncaMail an das Obergericht des Kantons Zürich adressierte Eingabe des Beklagten (gleichentags eingegangen, vgl. Urk. 1 und Urk. 1A) ist zur Prüfung einer allfälligen Entgegennahme als sinngemässes Begehren um Begründung an die Vorinstanz weiterzuleiten. Sodann ist der Beklagte darauf hinzuweisen, dass er die Berufung nach Erhalt der begründeten Verfügung innert der gesetzlichen Rechtsmittelfrist von zehn Tagen (Art. 314 Abs. 1 ZPO) erneut einzureichen hätte, sollte er daran festhalten wollen (vgl. Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 5; ZK ZPO-Staehelin, Art. 239 N 31).

3. Gemäss Art. 139 Abs. 1 ZPO können mit dem Einverständnis der betroffenen Person Verfügungen und Entscheide elektronisch zugestellt werden. Da der Beklagte – unter anderem – beantragte, Verfügungen und Eingaben der Gegenseite seien seinem Rechtsvertreter auf dem Wege des elektronischen Rechtsverkehrs zuzustellen (Urk. 1 S. 3), ist seinem Rechtsvertreter der vorliegende Beschluss per IncaMail (= anerkannte Plattform für die sichere Zustellung) an die von ihm genannte E-Mailadresse "...@X.\_\_\_\_\_.com" zu senden.

4. a) Die Prozesskosten sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb dem Beklagten die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Die Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen.

b) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beklagten zufolge seines Unterliegens (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), der Klägerin mangels wesentlicher Umtriebe (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung des Beklagten wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten auf dem Weg der elektronischen Zustellung (IncaMail an ...@X.\_\_\_\_.com), an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 3 und 4/21-25, und an die Vorinstanz unter Beilage von Urk. 1 und 1A in Kopie sowie unter umgehender Rücksendung der erstinstanzlichen Akten, je gegen Empfangsschein.
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, 21. August 2023

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Leitende Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Ferreño

versandt am:

Im