

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE230013-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Kriech, Vorsitzender, Oberrichter
terin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss vom 5. April 2023

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

gegen

B._____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Bülach vom 16. Februar 2023 (EE220085-C)**

Erwägungen:

1.1. Die Parteien sind seit dem tt. November 2015 verheiratet und haben drei gemeinsame Kinder, C._____ (geb. 2016), D._____ (geb. 2018) und E._____ (geb. 2021).

1.2. Mit Eingabe vom 21. September 2022 machte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan: Gesuchsteller) bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren gegen die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchsgegnerin) anhängig (Urk. 1). Am 16. Februar 2023 trat die Vorinstanz auf die Begehren des Gesuchstellers nicht ein (Urk. 14 S. 10 f. = Urk. 17 S. 10 f.). Der Gesuchsteller nahm diesen Entscheid am 22. Februar 2023 im Empfang (Urk. 15).

1.3. Hiergegen erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 24. März 2023 Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 16 S. 2):

"I. Superprovisorische Anträge

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach sei aufzuheben und es sei der Gesuchsgegnerin superprovisorisch und unter Androhung nach Art. 292 StGB bei Zuwiderhandlung zu befehlen, die Kinder unverzüglich in die Schweiz zurückzubringen.
2. Eventualiter sei der Gesuchsgegnerin zu befehlen, den Sohn C._____ unverzüglich und unter Androhung nach Art. 292 StGB bei Zuwiderhandlung in die Schweiz zurückzubringen.
3. Es sei der Gesuchsgegnerin superprovisorisch die elterliche Sorge und die Obhut zu entziehen und dem Gesuchsteller zuzuweisen.

II. Rechtsbegehren

4. Die Sache sei zur Neuurteilung der weiteren Anträge an die Vorinstanz zurückzuweisen

Eventualiter:

5. Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen.
6. Die gemeinsamen Kinder,
 - C._____, geb. tt.mm.2016,
 - D._____, geb. tt.mm.2018,
 - E._____, geb. tt.mm.2021seien unter die alleinige elterliche Sorge des Gesuchstellers zu stellen.
7. Die Obhut über die gemeinsamen Kinder,
 - C._____, geb.tt.mm.2016,

- D._____, geb. tt.mm.2018,
 - E._____, geb. tt.mm.2021
8. sei dem Gesuchsteller zuzuweisen.
 9. Es sei der Gesuchsgegnerin ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.
 10. Die Familienwohnung sowie der Hausrat sei während der Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsteller zuzuteilen.
 11. Es sei die Gütertrennung anzuordnen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Gesuchsgegnerin."

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-15). Da sich die Berufung – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – sogleich als offensichtlich unzulässig erweist, erübrigt sich das Einholen einer Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2.1. Der Gesuchsteller focht den Entscheid der Vorinstanz vom 16. Februar 2023 entsprechend deren Rechtsmittelbelehrung (vgl. Urk. 17 S. 11 Dispositiv-Ziff. 7) innert dreissig Tagen ab der Zustellung an (vgl. Urk. 15 und Urk. 16). Der angefochtene Entscheid erging allerdings im summarischen Verfahren (Art. 271 lit. a ZPO) und wäre daher innert zehn Tagen anzufechten gewesen (Art. 314 Abs. 1 ZPO).

2.2. Fraglich ist, ob der Gesuchsteller 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 Gesuchsteller bzw. dessen Rechtsvertreter bei einer Grobkontrolle die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung ohne Weiteres erkennen können, zumal die Rechtsmittelfrist bei summarischen Verfahren stets nur zehn Tage beträgt (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Den Ausführungen des Gesuchstellers lässt sich denn auch nicht entnehmen, dass er die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelfrist nicht erkannte und auf die unrichtige Angabe (30 Tage) vertraute, wies er doch selbst auf die falsche Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz und auf den Umstand hin, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für anwaltlich vertretene Parteien kein Vertrauensschutz bestehe (Urk. 16 S. 3 Rz 2). Der Vertrauensschutz greift deshalb nicht.

2.3. Der Gesuchsteller macht in diesem Zusammenhang geltend, die Justizkommission des Nationalrates habe auf die strenge bundesgerichtliche Rechtsprechung hingewiesen und sie als übertrieben bezeichnet. Sie habe eine Revision vorgeschlagen, die auf einen uneingeschränkten Schutz der Rechtsuchenden abziele, indem unrichtige Rechtsmittelbelehrungen stets insoweit wirksam seien, als sie zum Vorteil der Partei lauteten, die sich darauf berufe. In der Schlussabstimmung der Räte vom 17. März 2023 sei der entsprechende Gesetzesentwurf angenommen worden. Damit sei Art. 52 ZPO de lege ferenda bereits heute neu auszulegen; der Gesetzgeber subsumiere unter dem Verbot des überspitzten Formalismus neu ausdrücklich den Vertrauensschutz bei falsch angegebenen Fristen durch Vorinstanzen, weil er die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts für zu restriktiv gehalten habe. Die Gerichte hätten diese Gesetzesentwicklung bei der Auslegung des Art. 52 ZPO zu berücksichtigen, zumal die bisherige Regelung alleine auf bundesgerichtlicher Gesetzesauslegung und nicht auf einer Gesetzesnorm beruht habe. Demnach bestehe durch Auslegung de lege ferenda

bereits heute ein uneingeschränkter Vertrauensschutz auf falsche vorinstanzliche Fristansetzungen im Zivilprozessrecht für Parteien, die sich darauf berufen und denen die längere Frist zum Vorteil gereiche. Der Vertrauensschutz sei deshalb vorliegend zu gewähren und es sei von einer 30-tägigen Frist auszugehen (Urk. 16 S. 3).

2.4. Im Rahmen der Änderung der Zivilprozessordnung vom 17. März 2023 (BBl 2023 786), bezüglich welcher noch bis zum 6. Juli 2023 die Referendumsfrist läuft, hat die Bundesversammlung Art. 52 ZPO neu gefasst. Dessen Abs. 2 sieht neu vor, dass unrichtige Rechtsmittelbelehrungen gegenüber allen Gerichten insoweit wirksam sind, als sie zum Vorteil der Partei lauten, die sich darauf beruft. Daraus wäre indessen selbst dann nichts zugunsten des Gesuchstellers abzuleiten, wenn die Gesetzesänderung mit ihm als Korrektur der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgefasst würde. Neue Rechtsnormen gelten erst ab Inkraftsetzung und entfalten grundsätzlich keine Vorwirkung (vgl. BGE 136 I 142 E. 3.2; BGE 129 V 455 E. 3; BGE 125 II 278 E. 3c; je mit Hinweisen). Gründe, wieso von diesem Grundsatz hinsichtlich des noch nicht in Kraft gesetzten geänderten Art. 52 ZPO abzuweichen wäre, sind weder dargetan noch ersichtlich. Ebenso wenig folgt aus dem Entscheid des Gesetzgebers, dass der geltende Art. 52 ZPO nunmehr entgegen den in der Rechtsprechung des Bundesgerichts für die bisherige Auslegung angeführten Gründen im Sinne des geänderten Art. 52 ZPO auszulegen wäre. Damit bleibt es im vorliegenden Fall beim geltenden Art. 52 ZPO und bei der dazu ergangenen Rechtsprechung (vgl. oben Ziff. 2.2). Infolgedessen ist auf die Berufung zufolge Verspätung nicht einzutreten.

3. Der Gesuchsteller ersucht um Erlass superprovisorischer Massnahmen (Urk. 16 S. 2). Dieses Gesuch wird mit dem vorliegenden Endentscheid gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben.

4.1. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es sich, in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichtes vom 8. September 2010 eine Entscheidgebühr von Fr. 1'200.– festzusetzen. Die Kosten sind ausgangsgemäss dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsteller zufolge seines Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der Gesuchsgegnerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

5. Von einer Zustellung an die Gesuchsgegnerin ist abzusehen, da sie vom Verfahren bislang keine Kenntnis hat und durch den vorliegenden Entscheid keinen Nachteil erleidet.

Es wird beschlossen:

1. Das Massnahmebegehren des Gesuchstellers wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an den Gesuchsteller sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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, 5. April 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
Im