

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE230046-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Leitende
Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Ferreño

Urteil vom 18. Oktober 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom tt.mm.2023
(EE23...)**

Erwägungen:

1. a) Die Parteien stehen seit dem 8. Februar 2023 vor dem Bezirksgericht Zürich in einem Eheschutzverfahren (vgl. Urk. 6/1). Nach erfolgloser Vergleichsverhandlung vom 30. Mai 2023 (Prot. I S. 5) fand eine Kinderanhörung am 8. Juni 2023 statt (Urk. 6/15). Anlässlich der Verhandlung vom tt.mm.2023 schlossen die Parteien eine Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen in Bezug auf die Betreuung des Sohnes für die Dauer des Massnahmenverfahrens (Urk. 6/23). Mit Verfügung vom tt.mm.2023 (Z1) genehmigte die Vorinstanz diese Vereinbarung. Sie lautet wie folgt (Urk. 6/24 = Urk. 4/1):

"1. Die unter Mitwirkung des Gerichts geschlossene Vereinbarung der Parteien vom tt.mm.2023 betreffend vorsorgliche Massnahmen bis zur Rechtskraft des Entscheides über das Massnahmenbegehren des Gesuchstellers wird genehmigt. Sie lautet wie folgt:

"Betreuungsregelung

Betreuung durch den Vater:

- vor den Sommerferien 2023, am Donnerstag, 13. Juli 2023, ab 18.00 Uhr bis Freitag, 14. Juli 2023, 20.00 Uhr (verpflegt),
- während den Sommerferien 2023: ab Samstag 5. August 2023, bis Samstag, 19. August 2023, wobei C. _____ in der ersten Woche drei Nächte am Stück und in der zweiten Woche vier Nächte am Stück beim Vater übernachtet. C. _____ trifft jeweils zwischen 7.00 Uhr und 8.00 Uhr beim Vater ein, und zwischen 19.00 Uhr und spätestens 20.00 Uhr bei der Mutter ein, wenn er bei der Mutter übernachtet,
- nach den Sommerferien 2023: jeweils jeden Montag, ab 07.00 Uhr bis 19.30 Uhr (verpflegt), sowie jeden zweiten Freitag, ab 08.00 Uhr bis Samstag 19.30 Uhr (verpflegt), wenn die Mutter arbeitet. Wenn die Mutter am Samstag nicht arbeitet, dann jeden zweiten Sonntag, 18.00 Uhr bis Montag, 19.30 Uhr (verpflegt),

Die Mutter verpflichtet sich, den Sohn betreffend die Besuche beim Vater zu bestärken. Der Vater verpflichtet sich gleichzeitig, auf die Bedürfnisse von C. _____ Rücksicht zu nehmen."

2./3. (Schriftliche Mitteilung, Rechtsmittelbelehrung)."

Gleichentags erliess die Vorinstanz eine weitere Verfügung in unbegründeter Fassung (Z2), welche folgendermassen lautet (Urk. 6/25 = Urk. 4/2):

- "1. Der gemeinsame Sohn C. _____, geboren am tt.mm.2014, wird für die Dauer des Eheschutzverfahrens im Sinne vorsorglicher Massnahmen unter die alternerende Obhut der Parteien gestellt. Der gesetzliche Wohnsitz von C. _____ ist bei der Mutter.
2. Der Vater ist berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für den Sohn auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:
 - jeden Montag, ab 7.00 Uhr bis 19.30 Uhr (verpflegt),

- sowie jeden zweiten Donnerstag, ab Schulbeginn bzw. 8.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.30 Uhr, wenn die Mutter am Samstag arbeitet, wobei der Vater C._____ an diesen Sonntagen in die polnische Schule bringt und wieder abholt,
- sowie jeden zweiten Donnerstag, ab Schulbeginn bzw. 8.00 Uhr, bis Freitagabend, 19.30 Uhr (verpflegt), wenn die Mutter am Samstag nicht arbeitet,
- in ungeraden Kalenderjahren am 26. Dezember sowie in geraden Kalenderjahren am 25. Dezember,
- in ungeraden Kalenderjahren am 31. Dezember sowie in geraden Kalenderjahren am 1. Januar,
- während 6.5 Wochen Ferien pro Jahr, davon nur ein Woche in den Herbstferien 2023.

In der übrigen Zeit sowie an Pfingst- und Ostermontag wird er Sohn von der Mutter betreut.

Die obige Betreuungsregelung orientiert sich daran, dass die Mutter grundsätzlich jeden zweiten Samstag arbeitet, sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, so betreut der Vater C._____ dennoch jeden zweiten Samstag.

Die Mutter wird verpflichtet, den Sohn betreffend die Besuche bei Vater zu bestärken. Der Vater wird seinerseits verpflichtet, nach Möglichkeit angemessen auf die Bedürfnisse von C._____ Rücksicht zu nehmen.

Die Eltern sprechen sich über die Aufteilung der Ferien jeweils rechtzeitig, mindestens 3 Monate im Voraus, ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Mutter.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

Die Übergaben erfolgen jeweils, indem C._____ vom betreuenden Elternteil dem anderen Elternteil gebracht wird.

Ist ein Elternteil aus welchen Gründen auch immer nicht in der Lage, die Betreuung gemäss dem hier vereinbarten Betreuungsplan selber zu übernehmen, ist er verpflichtet, für eine angemessene Betreuung des Sohnes durch Drittpersonen auf eigene Kosten besorgt zu sein. Eine Anfrage an den anderen Elternteil ist möglich; dieser ist jedoch nicht verpflichtet, die Betreuung zu übernehmen.

3. Bis zur Rechtskraft dieses Entscheides, gilt die seitens der Parteien am tt.mm.2023 einstweilig vereinbarte Betreuungsregelung.

4./5. (Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung)."

In der Folge verlangte die Gesuchsgegnerin am tt.mm.2023 (Urk. 6/29) die Begründung der Verfügung vom tt.mm.2023 (Z2). Die begründete Fassung der Verfügung vom tt.mm.2023 (Z5) wurde den Parteien am 4. bzw. 10. Oktober 2023 zugestellt (an Urk. 6/38 angeheftete Empfangsscheine). Im Unterschied zur im Dispositiv ergangenen Verfügung (Z2) fand ein Wechsel im Spruchkörper statt. Neu wirkte die Gerichtsschreiberin MLaw D._____ mit (Urk. 6/38 S. 1 = Urk. 2 S. 1). Zudem hob die Vorinstanz in der begründeten Fassung der Verfügung vom

tt.mm.2023 (Z5) die Dispositiv-Ziffer 3 der im Dispositiv ergangenen Verfügung vom tt.mm.2023 (Z2) auf ("3. Bis zur Rechtskraft dieses Entscheides, gilt die seitens der Parteien am tt.mm.2023 einstweilig vereinbarte Betreuungsregelung."; vgl. Urk. 2 S. 47 und 49).

b) Hiergegen erhob die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin) mit Eingabe vom 6. Oktober 2023 (gleichentags eingegangen) Berufung mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung vom tt.mm.2023 sei aufzuheben.
Eventualiter sei die Betreuung des Geschwärtstellers so zu regeln, dass er C._____ jeden Montag und jeden Samstag jeweils von 07.15-19.15 Uhr betreut.
2. Es sei festzustellen, dass die Streichung von Dispositiv Ziff. 3 der Verfügung vom tt.mm.2023 nichtig ist. Eventualiter sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Diese Anordnung sei ohne Anhörung der Gegenpartei zu treffen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten des Geschwärtstellers."

2. a) Fehlerhafte Entscheide sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Regel nur anfechtbar. Als nichtig erweisen sie sich erst dann, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (BGE 147 III 226 E. 3.1.2).

b) Im Rubrum der unbegründeten Fassung der Verfügung vom tt.mm.2023 (Z2) sind die mitwirkenden Personen Ersatzrichterin Dr. iur. E._____ als Einzelrichterin und Gerichtsschreiberin MLaw F._____ aufgeführt (Urk. 6/25). Diese Verfügung wurde von der Gerichtsschreiberin MLaw F._____ unterzeichnet. Mit dieser handschriftlichen Unterzeichnung bestätigte die Gerichtsschreiberin MLaw F._____ die formelle Richtigkeit der Ausfertigung und deren Übereinstimmung mit dem vom Spruchkörper – der Einzelrichterin Dr. iur. E._____ und der Gerichtsschreiberin MLaw F._____ – gefassten Entscheid (BGE 131 V 483 E. 2.3.3). In der angefochtenen Verfügung vom tt.mm.2023 (Z5) wirkten demgegen-

über die Ersatzrichterin Dr. iur. E. _____ als Einzelrichterin und die Gerichtsschreiberin MLaw D. _____ mit (Urk. 2).

Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Die Garantien von Art. 30 Abs. 1 BV – gehörige, richtige zusammengesetzte und vollständige Besetzung des Gerichts ohne Mitwirkung Unbefugter (BGer 5A_523/2017 vom 13. Januar 2015 E. 2.2) – sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch auf die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber der Gerichte anwendbar, sofern sie an der Willensbildung des Spruchkörpers mitwirken. Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber sind zwar hauptsächlich für die Protokollierung der Verhandlungen und die Ausfertigung der Entscheide des Gerichts zuständig, haben jedoch nach § 133 Abs. 1 GOG auch beratende Stimme bei der Entscheidung und können ihre abweichende Meinung formell zu Protokoll geben (§ 124 GOG). Im hier zu beurteilenden Fall hatte die Vorinstanz eine schriftliche Begründung der unter der Einzelrichterin Dr. iur. E. _____ und der Gerichtsschreiberin MLaw F. _____ in unbegründeter Fassung gefällten Verfügung vom tt.mm.2023 (Z2) im Sinne Art. 239 Abs. 2 ZPO nachzuliefern. Die begründete Verfügung muss gleich wie die im Dispositiv ergangene Verfügung vom tt.mm.2023 der Meinung des Spruchkörpers entsprechen. Ein Wechsel des Spruchkörpers ist für die Nachlieferung der schriftlichen Begründung nicht statthaft (vgl. CR ZPO-Tappy, Art. 238 N 6a). Da in der angefochtenen Verfügung vom tt.mm.2023 (Z5) neu die Gerichtsschreiberin MLaw D. _____ mitwirkte, war die Vorinstanz nicht gehörig besetzt. Sie versties damit gegen § 133 Abs. 1 GOG und beging eine formelle Rechtsverweigerung. Prozesshandlungen eines ungehörig besetzten Gerichts sind nichtig. Dies ist von Amtes wegen zu berücksichtigen. Der Mangel kann im zweitinstanzlichen Berufungsverfahren nicht behoben werden (vgl. Hauser/Schweri/Lieber, Kommentar zum GOG, 2. A. Zürich 2017, § 14 N 3a). Der vorliegende Mangel ist als derart schwer einzustufen, dass er als Folge die Nichtigkeit der in begründeter Fassung erlassenen Verfügung vom tt.mm.2023 (Z5) nach sich zieht. Der Mangel erweist sich – ein Blick auf die Rubren der unbegründeten und begründeten Fassung der Verfügungen vom tt.mm.2023 (Z2 und

Z5) genügt – als leicht erkennbar. Die Annahme der Nichtigkeit gefährdet zudem die Rechtssicherheit nicht, bleibt doch die unbegründete Fassung der Verfügung vom tt.mm.2023 (Z2) bestehen. Entsprechend ist die Nichtigkeit der Verfügung vom tt.mm.2023 (Z5) festzustellen.

3. a) Ergänzend ist anzufügen, dass die angefochtene Verfügung an einem weiteren erheblichen Verfahrensmangel leidet. Die in unbegründeter Fassung ergangene Verfügung vom tt.mm.2023 sah in Dispositiv-Ziffer 3 vor, dass die seitens der Parteien am tt.mm.2023 einstweilig vereinbarte Betreuungsregelung bis zur Rechtskraft dieses Entscheides gilt (Urk. 6/25). In der schriftlichen Begründung vom tt.mm.2023 (Urk. 2; Z5) fehlt diese Dispositivziffer bzw. sie wurde durch den Mitteilungssatz ersetzt (vgl. Urk. 2 S. 49). Die Vorinstanz erwog, es handle sich um ein offensichtliches Versehen. In Dispositiv-Ziffer 3 sei irrtümlich festgehalten worden, dass bis zur Rechtskraft dieses Entscheides die seitens der Parteien am tt.mm.2023 einstweilig vereinbarte Betreuungsregelung gelte. Die vereinbarte Betreuungsregelung der Parteien vom tt.mm.2023 habe richterweise nur Geltung bis zu Zustellung des vorliegend begründeten Massnahmenentscheids (Urk. 2 S. 47).

b) Ein begründeter Entscheid umfasst sämtliche in Art. 238 ZPO aufgeführten Elemente, welche insbesondere aus Rubrum, Erwägungen und Dispositiv bestehen. Ein im Dispositiv ergangener Entscheid im Sinne von Art. 239 Abs. 1 ZPO beinhaltet ebenfalls Rubrum und Dispositiv, verzichtet aber auf Erwägungen (Art. 238 lit. g ZPO). Hat das Gericht seinen Entscheid gefällt und eröffnet, ist es ab diesem Zeitpunkt nicht mehr mit der Sache befasst. Eine Abänderung seines Entscheids ist – unter Vorbehalt einer Berichtigung – ausgeschlossen. Der Entscheid ist in jenem Zeitpunkt gefällt, in dem er vom Gericht festgehalten wird (BGE 149 III 12 E. 3.2.1 m.H. auf BGE 142 III 695 E. 4.2.1). Mit der Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 3 berichtigte die Vorinstanz im Rahmen der Begründung ihre in unbegründeter Fassung gefällte Verfügung vom tt.mm.2023. Dies ist grundsätzlich nicht zulässig. Mit dem Gesuch um Begründung hatte sie lediglich die Entscheidungsgründe für die im Dispositiv erlassene Verfügung vom tt.mm.2023 (Z2) nachzuliefern. Darüber hinaus bezweckt eine Berichtigung nicht die materielle

Überprüfung eines Entscheids, sondern die Korrektur eines offensichtlichen Versehens. Einen Anlass für eine Berichtigung gibt es nur dann, wenn aus dem Gerichtsentscheid eindeutig hervorgeht, dass das, was das Gericht aussprechen oder anordnen wollte, nicht übereinstimmt mit dem, was es tatsächlich ausgesprochen oder angeordnet hat. Voraussetzung für eine Berichtigung ist daher ein Fehler im Ausdruck und nicht etwa ein Fehler in der Willensbildung. Eine Entscheidung, die so gewollt war, wie sie ausgesprochen wurde, die aber auf einer irrtümlichen Sachverhaltsfeststellung oder auf einem Rechtsfehler beruht, kann nicht berichtigt werden (BGE 142 IV 281 E. 1.3). Als Beispiele für Fehler im Ausdruck, die einer Berichtigung zugänglich sind, werden in der Lehre z.B. irrige Parteibezeichnungen, irrtümliche Angaben über die Gerichtsbesetzung, Rechnungs- und Schreibfehler oder auch falsche Datumsangaben erwähnt (Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 334 N 8; ZK ZPO-Weibel, Art. 334 N 7). Entgegen der Erwägungen der Vorinstanz ist vorliegend einstweilen kein offensichtliches Versehen erkennbar, sondern ein Fehler in der Willensbildung. Ein solcher (angeblicher) inhaltlicher Mangel darf nicht berichtigt werden, sondern wäre rechtzeitig mit dem zulässigen Rechtsmittel bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz zu rügen.

c) Zusammengefasst erweist sich die Berufung als begründet. Die angefochtene Verfügung (Z5) ist nichtig. Die Vorinstanz wird eine Begründung der Verfügung vom tt.mm.2023 (Z2) mit dem ursprünglichen Spruchkörper und einem unveränderten Dispositiv nachzuliefern haben. Unter diesen Umständen braucht nicht mehr auf die weiteren materiellen Rügen der Gesuchsgegnerin eingegangen zu werden (vgl. Urk. 1 S. 3 ff.). Darauf hinzuweisen bleibt, dass nach der Praxis der Kammer unbegründet eröffnete Eheschutzentscheide nach geltendem Prozessrecht erst mit unbenütztem Ablauf der Begründungsfrist bzw. (wenn eine Begründung verlangt wird) mit Eröffnung des begründeten Entscheids vollstreckbar werden (vgl. *OGer ZH LE140036 vom 14.07.2014 E. 1* mit Hinw. auf ZR 111/2012 Nr. 70 E. 3.9).

4. a) Die Gesuchsgegnerin stellte im Berufungsverfahren den Antrag, die Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) seien dem Gesuchsteller und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsteller) aufzuerlegen (Urk. 1 S. 2). Eine Be-

gründung zu diesem Antrag fehlt in der Berufungsschrift (Urk. 1 S. 2 ff.). Die Gesuchsgegnerin dringt mit ihrem Antrag auf Aufhebung der Verfügung vom tt.mm.2023 (Z5) zufolge Nichtigkeit bzw. Unzulässigkeit (Urk. 1 S. 2 und 3) durch und obsiegt daher mit ihrer Berufung, sodass ihr keine Kosten für das Berufungsverfahren auferlegt werden können. Dass sie die mangelhafte Gerichtsbesetzung nicht rügte, kann ihr nicht zum Nachteil gereichen, da diese von Amtes wegen zu prüfen war. Vom Gesuchsteller wurde im Berufungsverfahren keine Antwort eingeholt und er identifizierte sich nicht mit der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz. Er kann ebenfalls nicht als unterliegende Partei betrachtet werden. Entsprechend sind die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO) bzw. sind keine Kosten zu erheben.

b) Die Gesuchsgegnerin beantragte im Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu Lasten des Gesuchstellers (Urk. 1 S. 2). Weil der Gesuchsteller sich nicht mit dem angefochtenen Entscheid identifizierte, kann er nicht zur Leistung einer Parteientschädigung an die Gesuchsgegnerin verpflichtet werden. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Gesuchsgegnerin eine solche aus der Staatskasse zuzusprechen ist. Trotz Fehlens einer gesetzlichen Grundlage ist eine Entschädigung aus der Staatskasse gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann in Betracht zu ziehen, wenn der Staat materiell als Partei zu betrachten ist, was auch der Fall ist, wenn sich eine Partei gegen eine qualifiziert unrichtige Anordnung des Gerichts wehrt und die Gegenpartei sich mit dem fehlerhaften Entscheid im Rechtsmittelverfahren nicht identifiziert hat (vgl. etwa BGE 142 III 110 E. 3.3; 140 III 501 E. 4.3.2). Ein solcher Fall ist vorliegend gegeben. Der Gesuchsteller identifizierte sich nicht mit der angefochtenen Verfügung vom tt.mm.2023 (Z5). Zuzufolge der Nichtigkeit der angefochtenen vorinstanzlichen Verfügung erscheint es angezeigt, die Gesuchsgegnerin aus der Staatskasse zu entschädigen, wobei diese Entschädigung durch die Vorinstanz auszurichten ist. Die Höhe der Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 3 i.V.m. § 9 und § 13 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) auf Fr. 3'000.– (inkl. 7.7 % Mehrwertsteuer) festzulegen.

Es wird erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass die Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, vom tt.mm.2023 (Z5) nichtig ist.
2. Es werden keine Kosten für das Berufungsverfahren erhoben.
3. Der Gesuchsgegnerin wird für das Berufungsverfahren aus der Staatskasse eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zugesprochen. Diese ist durch die Gerichtskasse der Vorinstanz auszurichten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 3, 4/1-2 und 4/4-6, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen unverzüglich an die Vorinstanz zurück.

5. 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.

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, 18. Oktober 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Leitende Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Ferreño

versandt am:

Im