

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY140022-O/U.doc

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 17. Juli 2014

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Z. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Besuchsrecht etc.)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 13. Mai 2014 (FP120118-L)

Erwägungen:

1.1 Die Parteien stehen seit dem 12. Juni 2012 vor Vorinstanz in einem Abänderungsverfahren betreffend ihr Scheidungsurteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren vom 20. Mai 2010 (Urk. 3/1). Mit Verfügung vom 13. Mai 2014 entschied die Vorinstanz über das vom Prozessbeistand am 3. Dezember 2013 gestellte und anlässlich der Verhandlung vom 26. Februar 2014 präzisierte Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wie folgt (Urk. 270; Prot. I S. 116-118):

Es wird verfügt:

"1.-2. [...]

und sodann verfügt:

1. Die Tochter C._____ wird für die Dauer des Verfahrens unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen.
2. In Abänderung von Dispositivziffer 5 der Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 25. Juni 2012 sind die Parteien wie folgt berechtigt, das Kind C._____ unter Berücksichtigung der im Internat geltenden Bestimmungen betreffend Wochenendaufenthalt der Schülerinnen je auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen: der Kläger jedes dritte Wochenende und die Beklagte an den übrigen beiden Wochenenden.
3. Die Parteien werden aufgefordert, an der mit Verfügung vom 28. Juni 2013 angeordneten Mediation im Sinne der Verfügung vom 28. Oktober 2013 teilzunehmen.
4. Die für die Tochter C._____, geboren am tt.mm.2000, mit Verfügung vom 25. Juni 2012 angeordnete Beistandschaft bleibt für die weitere Dauer des Verfahrens aufrechterhalten.

Der Beistand wird mit den folgenden zusätzlichen Aufgaben betraut:

- Suche nach einer geeigneten schulischen Anschlusslösung (mit enger sozialpädagogischer Betreuung und teilweise Betreuung auch an den Wochenenden) an C._____'s Unterbringung im Internat ... in ... und entsprechende Antragstellung an das Gericht;
- Organisation einer psychologischen Betreuung von C._____ für die Dauer, für welche die mit dieser psychologischen Betreuung zu beauftragende Fachperson es für notwendig erachtet.

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde von Zürich wird ersucht, dem Beistand die entsprechenden Aufgaben zu übertragen.

5. Der Beistand wird gebeten, das Gericht alle 14 Tage schriftlich und unter Beilage einer Kopie der entsprechenden Unterlagen über den Verlauf der Beistandschaft zu orientieren.
6. (Schriftliche Mitteilung).
7. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand und sofortige Vollstreckbarkeit)."

1.2 Hiergegen erhob der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) mit Schreiben vom 26. Mai 2014 (Datum Poststempel, eingegangen am 28. Mai 2014) innert Frist eigenständig Berufung (Urk. 1).

2.1 Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Hierzu gehört unter anderem die Frage, ob die Partei, welche ein Rechtsmittel einlegt, postulationsfähig ist (Art. 59 ZPO).

2.2 Mit Verfügung vom 16. April 2013 stellte die Vorinstanz die Postulationsunfähigkeit des Klägers fest (Urk. 111). In der Folge bestellte die Vorinstanz dem Kläger mit Verfügung vom 26. April 2013 Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ als notwendigen Vertreter im Sinne von Art. 69 Abs. 1 ZPO (Urk. 118 S. 3). Da der Kläger die Berufung eigenständig erhoben hatte, wurde seinem von der Vorinstanz bestellten Rechtsvertreter mit Verfügung der angerufenen Kammer vom 19. Juni 2014 Frist angesetzt, um dem Gericht zu erklären, ob er die Berufung des Klägers genehmige oder nicht, da nach wie vor von der weiterhin bestehenden Postulationsunfähigkeit des Klägers ausgegangen wurde (Urk. 4). Aus dem Schreiben des klägerischen Rechtsvertreter vom 30. Juni 2014 geht hervor, dass dieser keine Veranlassung zum Erheben einer Berufung sieht (Urk. 5).

2.2 Die Feststellung der Postulationsunfähigkeit hat zur Folge, dass danach von der betreffenden Partei vorgenommene Prozesshandlungen unbeachtlich, mithin nichtig sind und deshalb aus dem Recht zu weisen sind (BSK ZPO-Tenchio, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 69 N 21 mit Verweis auf BSK BGG-Merz, Art. 41 N 24 und BGE 95 II 280). Dementsprechend aber ist die Ein-

gabe des Klägers unbeachtlich und auf die Berufung ist infolge fehlender Postulationsfähigkeit des Klägers nicht einzutreten.

3. Selbst wenn die Vorbringen des Klägers beachtlich wären, wäre der Berufung kein Erfolg beschieden. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des angefochtenen Entscheides schriftlich und begründet einzureichen. Der Berufungskläger hat in analoger Anwendung von Art. 221 ZPO seine Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und muss sich mit den Entscheidungsgründen im angefochtenen Entscheid auseinandersetzen (BGE 4A_527/2011, Urteil vom 5. März 2012, E. 2.3; BGE 4A_659/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 3; Reetz/Teiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 311 N 36; Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 311 N 10 ff.). Werden keine oder nur ungenügende Berufungsanträge gestellt oder werden diese nicht begründet, ist auf die Berufung nicht einzutreten. Eine in der Substanz mangelhafte Begründung kann zur Abweisung der Berufung führen (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 12, N 33-38).

Die Berufungsbegründung des Klägers vermag diesen Anforderungen nicht zu genügen, führt er doch lediglich an, dass er der Gerechtigkeit halber mit der Mutter gleichzustellen sei, ohne dass er sich mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinandersetzt, wonach es aufgrund der schulischen Leistungen von C._____ im Sinne des Kindeswohls dringend notwendig sei, dass sie auch am Wochenende die Ruhe finde, um sich dem Schulstoff widmen zu können (Urk. 2 S. 9). Dasselbe gilt hinsichtlich der Beistandschaft und der Mediation. Auch diesbezüglich bringt der Kläger seine Beanstandungen lediglich in pauschaler Weise vor, ohne sich mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. So führt er bloss an, dass der Beistand nicht im Interesse beider Parteien handle, sondern lediglich im Interesse der Mutter. Inwiefern dem tatsächlich so sein sollte, bringt der Kläger jedoch nicht in ausreichend konkreter Weise vor. Ebenso fehlt es an detaillierten Ausführungen dazu, inwiefern sowohl Beistand wie auch Mediator nicht fair sein sollten und beide Parteien nicht gleich

behandeln würden. Damit aber wäre mangels ausreichender Begründung ohnehin auf die Berufung nicht einzutreten.

4. Damit aber erweist sich die Berufung als offensichtlich unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

5.1 Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2 Der Beklagten und der Verfahrensbeteiligten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung des Klägers wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Verfahrensbeteiligte, an den Kläger persönlich unter Beilage eines Doppels von Urk. 5, die Beklagte und die Verfahrensbeteiligte unter Beilage einer Kopie von Urk. 1 sowie eines Doppels von Urk. 5, sowie an das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich, 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 Entscheid 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, 17. Juli 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:

mc