

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ220020-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. H. Lampel

Beschluss vom 17. Juni 2022

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____, Dr. med.,

Kläger und Berufungsbeklagte

1 vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge Dr. med. C._____,

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

betreffend **Kinderbelange (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen die Verfügungen des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 20. und 23. Mai 2022
(FK220070-L)**

Erwägungen:

1.1. Der Kläger und Berufungsbeklagte 1 (fortan Kläger 1) ist der gemein-
same Sohn der nicht verheirateten Klägerin und Berufungsbeklagten 2 (fortan

Klägerin 2) und des Beklagten und Berufungsklägers (fortan Beklagter). Seit der Trennung der Klägerin 2 und des Beklagten im Verlauf des Jahres 2021 hält sich der Beklagte mehrheitlich in Deutschland auf (Urk. 2A S. 2, Erw. 2 und S. 4 f., Erw. 5.1). Mit Eingabe vom 18. Mai 2022 reichte die Klägerin 2 vor Vorinstanz ein Gesuch um Regelung von Unterhalt und weiteren Kinderbelangen ein, wobei sie beantragte, die folgenden Anträge im Sinne einer einstweiligen superprovisorischen Massnahme ohne Anhörung des Beklagten sofort anzuordnen (Urk. 4/1 S. 2; vgl. auch Urk. 2A S. 2):

1. Es sei der gemeinsame Sohn B._____, geb. tt.mm.2019, unter die alleinige Sorge der Mutter zu stellen.
2. Eventualiter sei B._____ unter die alleinige Obhut der Mutter zu stellen.
3. Es sei dem Beklagten einstweilen kein Besuchs- und Ferienrecht einzuräumen.
4. Es sei dem Beklagten zu verbieten, während der Dauer des Verfahrens mit dem gemeinsamen Sohn B._____, geb. tt.mm.2019, die Schweiz bzw. den Schengen Raum zu verlassen. Es sei eine entsprechende Mitteilung an die Kantonspolizei Zürich zur Weiterleitung an alle zuständigen Stellen (SIS, Ripol) zu machen; unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe i.S.v. Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall.

1.2. Am 20. Mai 2022 verfügte die Vorinstanz was folgt (Urk. 2A = Urk. 4/5 S. 16 f.):

1. Das Begehren der Klägerin 2 um Zuteilung der alleinigen Sorge für den Sohn B._____, geb. tt.mm.2019, wird sowohl als superprovisorische als auch als vorsorgliche Massnahme abgewiesen.
2. Der Klägerin 2 wird im Sinne einer einstweiligen superprovisorischen Massnahme mit sofortiger Wirkung die alleinige Obhut über den Sohn B._____, geb. tt.mm.2019, übertragen.
3. Das Begehren der Klägerin 2, es sei dem Beklagten einstweilen kein Besuchsrecht einzuräumen, wird sowohl als superprovisorische als auch als vorsorgliche Massnahme abgewiesen.

Der Beklagte wird im Sinne einer einstweiligen superprovisorischen Massnahme berechtigt, den gemeinsamen Sohn alle zwei Wochen für die Dauer von einem halben Tag in der Stadt Zürich sowie in der näheren Umgebung zu besuchen. Darüber hinaus sind die Videotelefonate im bisherigen Rahmen weiter zu führen.

Das Begehren der Klägerin 2, es sei dem Beklagten einstweilen kein Ferienrecht zu gewähren, wird im Sinne einer superprovisorischen Massnahme gutgeheissen.

4. Das Begehren der Klägerin 2 um Ausreiseverbot und Mitteilung im SIS, Ripol wird sowohl als superprovisorische als auch als vorsorgliche Massnahme abgewiesen.
5. Dem Beklagten läuft eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung, um [ein] Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen.

Im Säumnisfall werden künftige Zustellungen auf dem Wege der Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Handelsamtsblatt erfolgen.

6. Die Parteien werden zur mündlichen Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen sowie allenfalls Vergleichsgespräche in der Hauptsache vorgeladen. Die Vorladung erfolgt separat.
7. [Schriftliche Mitteilungen.]

1.3. Mit Nachtragsverfügung vom 23. Mai 2022 (Berichtigung der Verfügung vom 20. Mai 2022) entschied die Vorinstanz sodann folgendes (Urk. 2B = Urk. 4/7 S. 3 f.):

1. Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung vom 20. Mai 2022 wird wie folgt berichtigt:

Dem Beklagten wird im Sinne einer einstweiligen superprovisorischen Massnahme verboten, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB, in Begleitung von B._____, geboren tt.mm.2019, die Schweiz zu verlassen.

Das Begehren der Klägerin 2 um Ausschreibung des Ausreiseverbotes in den Fahndungssystemen SIS und Ripol wird sowohl als superprovisorische als auch als vorsorgliche Massnahme abgewiesen.

2. Das Dispositiv der Verfügung vom 20. Mai 2022 wird sodann neu unter Ziff. 8 wie folgt berichtigt bzw. ergänzt:

Eine **Berufung** gegen die Verfügungen vom 20. Mai 2022 und 23. Mai 2022 in Bezug auf die vorsorglichen Massnahmen kann innert 10 Tagen von der Zustellung der Nachtragsverfügung vom 23. Mai 2022 an schriftlich, im Doppel und unter Beilage der Entscheide beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

3. Für diese Berichtigung werden keine Kosten erhoben.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - die Kläger, vorab per Incamail
 - den Beklagten an seine Adresse in der Schweiz und auf dem Rechtshilfeweg, je als Gerichtsurkunde.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid kann innert **10 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

1.4. Gegen die Verfügungen vom 20. und vom 23. Mai 2022 erhob der Beklagte mit Eingabe vom 4. Juni 2022 (Datum des Poststempels), eingegangen am 8. Juni 2022, Berufung. Sinngemäss beantragte der Beklagte, es ihm die alleinige Obhut über den Sohn B._____, geb. tt.mm.2019, zu übertragen, eventualiter sei ihm mindestens alle vier Wochen ein Besuchsrecht von Freitagabend bis Dienstagabend einzuräumen. Zudem ersuchte er um gerichtliche Zustellungen per E-Mail (Urk. 1 S. 10 f.). Mit einer an die Vorinstanz gerichteten, aber an die Beru-

fungsinstanz gesandten Eingabe vom 11. Juni 2022 teilte der Beklagte sodann im Wesentlichen mit, dass die Klägerin 2 ihm das von der Vorinstanz angeordnete Besuchsrecht für den Kläger 1 bis am 3. September 2022 verweigern wolle. Zudem nahm er sinngemäss Bezug auf die Fristansetzung der Vorinstanz zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils in der Schweiz (vgl. Urk. 2A, S. 17, Dispositiv Ziff. 5) und schlug vor, die Gerichtsadresse als Zustellungsdomizil zu bezeichnen, worauf ihm ein Gerichtsmitarbeiter die Unterlagen per E-Mail zusenden könnte (Urk. 5). Mit Antwortschreiben vom 15. Juni 2022 wurde der Beklagte darauf hingewiesen, dass Zustellungen ins Ausland von Gesetzes wegen auf dem Rechtshilfeweg (vorliegend über das zuständige Amtsgericht in Deutschland) zu erfolgen hätten, solange kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet worden sei, und dass es nicht möglich sei, das Gericht als Zustellungsdomizil zu bezeichnen (Urk. 7). Mit Verfügung vom 16. Juni 2022 präziserte die Vorinstanz die mit Verfügung vom 20. Mai 2022 superprovisorisch angeordnete Besuchsrechtsregelung des Beklagten für den Kläger 1 (vgl. Urk. 2A, S. 16, Dispositiv Ziff. 3 Abs. 2) dahingehend, dass der halbe Besuchstag alle zwei Wochen maximal fünf Stunden umfasse (Urk. 9 S. 2 f., Dispositiv Ziff. 1).

2. Während in der vorinstanzlichen Verfügung vom 20. Mai 2022 eine Rechtsmittelbelehrung fehlt (Urk. 2A), werden in der Verfügung vom 23. Mai 2022 sowohl die Berufung (Urk. 2B, S. 3, Dispositiv Ziff. 2) als auch die Beschwerde (Urk. 2B, S. 4, Dispositiv Ziff. 5) als Rechtsmittel genannt. Korrekt ist, dass in Bezug auf jene Dispositiv Ziffern der Verfügungen vom 20. und 23. Mai 2022, in welchen die von den Klägern beantragten vorsorglichen Massnahmen sowohl als superprovisorische als auch als vorsorgliche Massnahmen abgewiesen wurden und somit in dieser Hinsicht ein Endentscheid erging, das Rechtsmittel der Berufung gegeben ist (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO; vgl. dazu nachfolgend unter Erw. 6.1). Eine Beschwerde gegen die Verfügung vom 23. Mai 2022 wäre demgegenüber nur dann gegeben, wenn ein Berichtigungsgesuch einer Partei abgewiesen oder darauf nicht eingetreten worden wäre (Art. 334 Abs. 3 ZPO; BGE 143 III 520 E. 6.3 m.H.). Dies ist vorliegend nicht der Fall, denn die Vorinstanz berichtigte von Amtes wegen Dispositiv Ziff. 4 der Verfügung vom 20. Mai 2022 und ergänzte die Verfügung vom 20. Mai 2022 um die Rechtsmittelbelehrung (Urk. 2B). Mit der Er-

öffnung der Verfügung vom 23. Mai 2022 gemäss Art. 334 Abs. 4 ZPO begann die Frist für das in der Sache zutreffende Hauptrechtsmittel – vorliegend die Berufung im Sinne von Art. 308 ff. ZPO – von neuem zu laufen (vgl. Botschaft zur ZPO, BBl 2006, 7221 ff., 7382, Ziff. 5.23.4), was in Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung vom 23. Mai 2022 denn auch korrekt angeführt wurde (Urk. 2B S. 3).

3. Der Beklagte gab in der Berufungsschrift vom 4. Juni 2022 an, die angefochtenen Verfügungen am 2. Juni 2022 erhalten zu haben (Urk. 1 S. 1). Die gerichtlichen Sendungen der Vorinstanz an die Adresse des Beklagten an der D.____-strasse ... in ... Zürich wurden mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" retourniert (Urk. 4/11 und Urk. 4/12). Das Zustellungsersuchen der Vorinstanz für die Zustellung auf dem Weg der Rechtshilfe datiert vom 23. Mai 2022 (Urk. 4/9). Es ist davon auszugehen, dass die Berufung des Beklagten innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist erfolgte (Art. 314 Abs. 1 ZPO).

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 4/1 - 14). Da sich die Berufung – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – sogleich als offensichtlich unzulässig erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden.

5. Die Prozessvoraussetzungen für eine Berufung sind von Amtes wegen zu prüfen, d.h. auch ohne dass eine Partei dies verlangt (Art. 60 ZPO). Eine solche Prozessvoraussetzung ist, dass diejenige Partei, welche ein Rechtsmittel erhebt, durch den angefochtenen Entscheid einen Nachteil erleidet bzw. dadurch beschwert ist. Das Erfordernis der Beschwer hat die Wirkung, dass nur derjenige zur Erhebung eines Rechtsmittels befugt ist, welcher ein (von der Rechtsordnung geschütztes, d.h. ein schutzwürdiges) Interesse an der Abänderung eines erstinstanzlichen Entscheids hat. Fehlt es an der Beschwer, ist auf das erhobene Rechtsmittel nicht einzutreten (vgl. Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a ZPO; Reetz, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Vorbemerkungen zu den Art. 308-318, N 30 m.H.).

6.1. Wie bereits vorstehend ausgeführt, ist die Berufung vorliegend nur insoweit gegeben, als in Bezug auf die von den Klägern beantragten vorsorglichen

Massnahmen ein Endentscheid erging (vgl. Erw. 2). Dies betrifft die Abweisung des Begehrens um Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge für den Kläger 1 an die Klägerin 2 (Urk. 2A, S. 16, Dispositiv Ziff. 1), die Abweisung des Begehrens, dem Beklagten einstweilen kein Besuchsrecht für den Kläger 1 einzuräumen (Urk. 2A, S. 16, Dispositiv Ziff. 3 Abs. 1) sowie die Abweisung der Ausschreibung des Ausreiseverbotes in den Fahndungssystemen SIS und Ripol (Urk. 2B, S. 3, Dispositiv Ziff. 1 Abs. 3). Da es sich dabei durchwegs um Abweisungen der klägerischen Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen handelt, entsteht dem Beklagten in dieser Hinsicht kein Nachteil und er ist demzufolge dadurch nicht beschwert. Insoweit ist auf die vorliegende Berufung daher nicht einzutreten.

6.2. Beschwer ist der Beklagte demgegenüber zwar insoweit, als von der Vorinstanz superprovisorische Anordnungen getroffen wurden. Dies betrifft die einstweilige Zuteilung der alleinigen Obhut über den Kläger 1 an die Klägerin 2 (Urk. 2A, S. 16, Dispositiv Ziff. 2 Abs. 1), die einstweilige Einräumung eines beschränkten Besuchsrechts ohne Ferienbesuchsrecht (Urk. 2A, S. 16, Dispositiv Ziff. 3 Abs. 2 und Abs. 3) sowie das Ausreiseverbot des Beklagten in Begleitung des Klägers 1 (Urk. 2B, S. 3, Dispositiv Ziff. 1 Abs. 2). Ein Rechtsmittel gegen einen Entscheid über Dringlichkeitsanträge ist indessen nicht gegeben (BGE 137 III 417 E. 1.3). In dieser Hinsicht ist das vorsorgliche Massnahmeverfahren vor Vorinstanz noch nicht abgeschlossen, sondern es wird dem Beklagten das rechtliche Gehör zu gewähren bzw. Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme zu geben sein (Art. 53 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 253 ZPO), was anlässlich der von der Vorinstanz angekündigten mündlichen Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgesehen sein dürfte (Urk. 2A, S. 17, Dispositiv Ziff. 6). Da in Bezug auf die von der Vorinstanz getroffenen superprovisorischen Anordnungen kein Rechtsmittel zur Verfügung steht, ist auf die Berufung auch insoweit nicht einzutreten. Auf die vom Beklagten sinngemäss gestellten eigenen Begehren zu Obhut und Besuchsrecht (vgl. Erw. 1.4) ist damit ebenfalls nicht weiter einzugehen. Diese wird der Beklagte bei der Vorinstanz einzubringen haben.

6.3. Zusammenfassend erweist sich die Berufung des Beklagten als offensichtlich unzulässig, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

7.1. Da sich die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz als für einen Laien nicht ohne weiteres verständlich erweist, ist für das Berufungsverfahren auf die Erhebung von Kosten zu verzichten.

7.2. Sodann sind für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beklagten zufolge seines Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und den Klägern mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung des Beklagten wird nicht eingetreten.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, an die Kläger sowie an die Vorinstanz unter Beilage von Doppeln bzw. Kopien von Urk. 1, Urk. 3, Urk. 5, Urk. 6/1 - 2 und Urk. 7, an die Vorinstanz zudem unter umgehender Rücksendung der erstinstanzlichen Akten, an den Beklagten auf dem Rechtshilfeweg, je gegen Empfangsschein.
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 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, 17. Juni 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. H. Lampel

versandt am:
ya