

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC230039-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss vom 3. Oktober 2023

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (vorsorgliche Massnahmen)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 15. September 2023 (FP230007-
A)**

Erwägungen:

1. a) Mit Verfügung vom 15. September 2023 (Urk. 2) wies das Bezirksgericht Affoltern (Vorinstanz) das am 14. September 2023 eingegangene Massnahmegesuch des Klägers (auf vorsorgliche Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge und Obhut für die beiden Töchter an ihn) ab (Dispositiv-Ziffer 1) und schrieb das entsprechende Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen als gegenstandslos geworden ab (Dispositiv-Ziffer 2); als Rechtsmittel wurde die Beschwerde an das Obergericht belehrt (Dispositiv-Ziffer 7).

b) Gegen diese Verfügung erhob der Kläger am 27. September 2023 fristgerecht (vgl. ES bei Urk. 2: Zustellung am 18. September 2023) Beschwerde und stellte die Beschwerdeanträge (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 1 der Verfügung vom 15. September 2023 des Bezirksgerichts Affoltern, Geschäfts-Nr. FP230007, aufzuheben.
2. Es seien die beiden Töchter C._____ und D._____ vorsorglich für die Dauer des Verfahrens unter die alleinige elterliche Sorge des Beschwerdeführers zu stellen.
3. Dem Beschwerdeführer sei vorsorglich für die Dauer des Verfahrens die alleinige Obhut für die beiden Töchter C._____ und D._____ zuzuteilen.
4. Es sei Ziff. 2 der Verfügung vom 15. September 2023 des Bezirksgerichts Affoltern, (FP230007-A), aufzuheben.
5. Die in Ziff. 2 und 3 beantragten vorsorglichen Massnahmen seien superprovisorisch anzuordnen.
6. Es seien die Akten der Vorinstanz beizuziehen.
7. Es seien die Akten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Affoltern betreffend C._____, geb. tt.mm.2009 und D._____, geb. tt.mm.2016 beizuziehen.
8. Es sei betreffend C._____ und D._____ eine Kinderanhörung durch das E._____, F._____-strasse ..., ... Zürich, anzuordnen.
9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.)."

c) Da sich die Beschwerde sogleich als offensichtlich unzulässig erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen wie auch auf den Beizug der vorinstanzlichen Akten verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. a) Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sind erstinstanzliche Entscheidungen über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar, mit Ausnahme von

vermögensrechtlichen Streitigkeiten von unter Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vorliegend handelt es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit, womit die Berufung das (einzig) zulässige Rechtsmittel ist. Der Kläger hat jedoch Beschwerde erhoben. Diese ist nach dem Gesagten unzulässig. Gegen den Entscheid über superprovisorische Massnahmen steht überhaupt kein Rechtsmittel zur Verfügung (BSK ZPO-Spühler, Art. 308 N 7 m.w.H.).

b) Ergreift eine Partei ein unzulässiges Rechtsmittel, ist auf dieses grundsätzlich nicht einzutreten. Die Rechtsmittelbehörde kann das unzulässige Rechtsmittel indes als ein anderes Rechtsmittel entgegennehmen, wenn die Rechtsschrift die Voraussetzungen auch des anderen Rechtsmittels erfüllt und nicht bewusst das unzulässige Rechtsmittel eingereicht wurde. Die Rechtsprechung stützt sich hierbei auf das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Konversion ausgeschlossen, wenn ein anwaltlich vertretener Rechtsmittelkläger bewusst ein Rechtsmittel gewählt hat, obwohl er nicht in Unkenntnis darüber sein konnte, dass dieses unzulässig war. Dies trifft sogar im Falle einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung zu, wenn der Rechtsmittelkläger bzw. dessen Rechtsvertreter mit einem Blick in das Gesetz hätte erkennen können, dass nur ein bestimmtes Rechtsmittel zulässig ist (BGer 4A_113/ 2021 vom 2. September 2022, E. 6: Ablehnung der Konversion einer unzulässigen Beschwerde in eine zulässige Berufung).

c) Vorliegend hat der anwaltlich vertretene Kläger bewusst Beschwerde erhoben. Er hat seine Rechtsmitteleingabe als Beschwerde bezeichnet (Urk. 1 S. 1), die Parteien als Beschwerdeführer und -gegnerin aufgeführt (Urk. 1 S. 1) und vor allem in der Begründung ausdrücklich geltend gemacht, dass gemäss Art. 319 lit. a ZPO vorsorgliche Massnahmen mit Beschwerde anfechtbar seien (Urk. 1 S. 3). Die Fehlerhaftigkeit der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 308 ZPO; oben Erwägung 2.a), weshalb kein Vertrauensschutz besteht (BGer 5A_350/2021 vom 17. Mai 2021, E. 5 m.w.H.).

d) Nach dem Gesagten kann auf die Beschwerde des Klägers nicht eingetreten werden.

3. a) Das Beschwerdeverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 500.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, an die KESB des Bezirks Affoltern, an die Beiständin G.____ kjz H.____, ... [Adresse], sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG in einem Verfahren 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, 3. Oktober 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
ya