

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE110008-O/U
(vereinigt mit LE110010-O)

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H. A. Müller und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur. K. Vogel

Beschluss und Urteil vom 28. Juli 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Klägerin, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen; Obhut, Besuchsrecht)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 8. Februar 2011 (EE100063)

Massnahmeentscheid der Vorinstanz vom 8. Februar 2011:

(Urk. 3)

- "1. Die Obhut von B.____ und A.____ über C.____ geb. 2003, D.____, geb. 2005, und E.____, geb. 2007 wird für die Dauer des Verfahrens aufgehoben.
2. Die Kinder C.____, geb. 2003, D.____, geb. 2005, und E.____, geb. 2007 werden für die Dauer des Verfahrens bei F.____ und G.____, wohnhaft ...strasse ..., ... Z.____, platziert.
3. Die Klägerin ist für die Dauer des Verfahrens berechtigt, die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitag, 16.00 Uhr, resp. ab Kindergartenschluss bis Sonntag, 17.00 Uhr, zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, erstmals am Freitag, 18. Februar 2011. Sodann ist die Klägerin berechtigt die Kinder jeweils am Mittwochnachmittag von 11.30 Uhr resp. ab Kindergartenschluss bis 17.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, erstmals am 16. Februar 2011.
4. Der Beklagte ist für die Dauer des Verfahrens berechtigt, die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitag, 16.00 Uhr, resp. ab Kindergartenschluss bis Sonntag, 17.00 Uhr, zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, erstmals am Freitag, 25. Februar 2011.
5. Die eheliche Wohnung in Z.____, wird für die Dauer des Verfahrens der Klägerin samt Hausrat und Mobiliar zur alleinigen Benützung zugewiesen.
6. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.
- 7.-9. [...]"

Berufungsanträge:

Erstberufung des Beklagten (Urk. 2 S. 2):

- "1. Es sei in Aufhebung von Ziff. 1 der Verfügung der Einzelrichterin dem Berufungskläger A.____ für die Dauer des Verfahrens die elterliche Obhut über die Kinder C.____, geb. 2003, D.____, geb. 2008 und E.____, geb. 2007 für die Dauer des Verfahrens zu gewähren;
2. Es sei Ziff. 2 der angefochtenen einzelrichterlichen Verfügung ersatzlos aufzuheben;

3. Es sei die Berufungsbeklagte für die Dauer des Verfahrens berechtigt zu erklären, die Kinder jedes 2. Wochenende, Samstag von 9-11 Uhr unter Aufsicht in einem geeigneten Raum der Sozialbehörde V._____ oder W._____ zu besuchen. Im Übrigen sei aufgrund akuter Gefährdung des Kindeswohls vorläufig der Berufungsklägerin kein unbeaufsichtigtes Besuchsrecht zuzusprechen;
4. Es sei Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung ersatzlos aufzuheben;
5. Die eheliche Wohnung ...gasse ..., ... Z._____ sei für die Dauer des Verfahrens dem Berufungskläger und seinen Kindern samt Haushalt und Mobiliar zur alleinigen Benützung zuzuweisen;
6. Das Ganze unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten;
7. Es sei dieser Berufung betreffend des Besuchsrechts der Berufungsbeklagten die aufschiebende superprovisorische Wirkung zu erteilen [recte: superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen]."

Zweitberufung der Klägerin (Urk. 19/2 S. 2):

- "1. Es seien Dispositiv Ziff. 1-3 der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon aufzuheben, und es seien die Kinder C._____, D._____ und E._____ für die Dauer des Verfahrens unter die Obhut der Berufungsklägerin zu stellen;
2. Es sei für die Kinder C._____, D._____ und E._____ eine Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB anzuordnen;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWST) zulasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Im Rahmen eines Kindesschutzverfahrens hob die Sozialbehörde Z._____ mit superprovisorischer Verfügung vom 9. Dezember 2010 gestützt auf Art. 310 ZGB bezüglich beider Parteien die elterliche Obhut für deren drei Kinder (7-, 5- bzw. 3-jährig) auf und platzierte diese bei den ebenfalls in Z._____ wohnhaften Grosseltern väterlicherseits (Urk. 4/3 S. 48-50). Am 13. Dezember 2010

ersetzte dieselbe Behörde die superprovisorische Anordnung, wobei die Obhut-
aufhebung aufrechterhalten wurde bis zur gerichtlichen Klärung bzw. bis zur gut-
achterlichen Nichtbestätigung eines behaupteten Kindesmissbrauchs (vgl. dazu
Urk. 4/3 S. 114). Auch an der angeordneten Fremdplatzierung wurde festgehalten,
mit dem Bemerkten "bis zur Regelung des Sorgerechts nach Trennungsvereinbarung"
(Urk. 7/14). Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat der Bezirksrat Pfäffikon
mit Beschluss vom 18. Januar 2011 nicht ein. Eine gegen den Nichteintretensentscheid
erhobene Berufung hiess die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich
mit Urteil vom 18. Februar 2011 gut und wies die Sache im Sinne der Erwägungen
an den Bezirksrat Pfäffikon zurück (Urk. 5 S. 5, E. 2). Bei den vormundschaftlichen
Behörden ist das Kindesschutzverfahren noch hängig.

In Bezug auf eine Regelung des persönlichen Verkehrs hatte die Sozialbehörde
Z. _____ mit Schreiben vom 15. Dezember 2010 der Klägerin einen Behördenbeschluss
in Aussicht gestellt, welcher für die Sitzung vom 17. Januar 2011 vorbereitet werde
(Urk. 4/3 S. 87). Zu einem Beschluss darüber kam es dann jedoch nicht mehr wegen
des kurz zuvor anhängig gemachten Eheschutzverfahrens (Urk. 9 S. 2).

2. Seit dem 14. Dezember 2010 stehen die Parteien im Eheschutzverfahren vor dem
Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon (vgl. Urk. 7/1).

Mit Eingabe an die Vorinstanz vom 5. Januar 2011 beantragte die Klägerin den
Erlass einer vorsorglichen Massnahme, wonach die drei Kinder für die Dauer des
Verfahrens unter ihre Obhut zu stellen seien (Urk. 7/23). Dem stellte sich der
Beklagte entgegen, indem er mit Schreiben vom 12. Januar 2011 seinerseits beantragte,
es seien die Kinder vorsorglich unter seine Obhut zu stellen und es sei eine
Erziehungsbeistandschaft anzuordnen (Urk. 7/28).

Am 31. Januar 2011 fand die Verhandlung statt, an der – wie zuvor angekündigt
(Urk. 7/25/1-2) – auch über vorsorgliche Massnahmen verhandelt wurde (Prot. I S. 2 ff.).
Diese betreffend lauteten die modifizierten Anträge der Klägerin wie folgt (Prot. I S. 2
i.V.m. Urk. 7/38 S. 2):

"Über die Anträge 1 [Anordnung des Getrenntlebens],
2 [Kinder unter die Obhut der Klägerin zu stellen]
und 4 [Zuweisung eheliche Wohnung an Klägerin]
sei im Sinne vorsorglicher Massnahmen gestützt auf § 110 aZPO sofort
zu entscheiden."

Dem standen weiterhin die (ebenfalls modifizierten bzw. erweiterten) Massnahmenanträge des Beklagten gegenüber (Prot. I S. 2 i.V.m. Urk. 7/40 S. 3), die wie folgt lauteten:

"[...]

8. Es seien die Kinder der Parteien unter die Obhut des Beklagten zu stellen;
9. Es sei dem Beklagten und den Kindern sofort einen Beistand im Sinne von Art. 308 ZGB zu bestellen;
10. Es sei dem Beklagten die eheliche Wohnung für die Dauer des Prozesses zur alleinigen Benutzung zur Verfügung zu stellen;
- 11./12. [...]"

Mit Verfügung vom 8. Februar 2011 traf die Vorderrichterin für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens den im Ingress auf Seite 2 vorn zitierten Massnahmenentscheid (Urk. 3). Kurz zusammengefasst hob sie (1.) die Obhut beider Eltern auf, platzierte (2.) die Kinder bei deren Grosseltern väterlicherseits, regelte (3. und 4.) das Besuchsrecht und wies (5.) die eheliche Wohnung samt Hausrat und Mobiliar der Klägerin zur alleinigen Benützung zu.

3. Gegen diese Verfügung erhoben sowohl der Beklagte als auch die Klägerin rechtzeitig Berufung; er mit Eingabe vom 18. Februar 2011 (Urk. 2), sie mit Eingabe vom 21. Februar 2011 (Urk. 19/2). Die Berufungsanträge sind eingangs, auf den Seiten 2 und 3 aufgeführt. Beide Parteien wehren sich hauptsächlich gegen die sie betreffende Obhutsaufhebung.

Mit Verfügung vom 22. Februar 2011 wurde das Gesuch des Beklagten um Aufschub der Vollstreckbarkeit von Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung (Urk. 2, Berufungsantrag 7 betr. Besuchsrecht der Klägerin) abgewiesen (Urk. 6). Die von beiden Parteien verlangten Kostenvorschüsse von je Fr. 3'000.– gingen fristgerecht ein (Urk. 6, 8, 19/9 und 19/10). Mit Beschluss vom 5. April

2011 wurden die beiden Berufungen unter der Geschäftsnummer LE110008 vereinigt (Urk. 20).

4. Die Sozialbehörde Z._____, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. H._____, stellte mit Eingabe vom 30. März 2011 das Gesuch, es sei das Besuchsrecht der Klägerin superprovisorisch einstweilen darauf zu beschränken, dass letztere die drei Kinder nur noch jeweils am 1. und 3. Samstag des Monats von 9 bis 18 Uhr zu sich auf Besuch nehmen dürfe (Urk. 9 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 31. März 2011 wurde diesem Gesuch einstweilen entsprochen (Urk. 13). Nach der am 14. April 2011 im Sinne von Art. 265 Abs. 2 ZPO durchgeführten Verhandlung (Prot. II S. 12 ff.) erging am 9. Mai 2011 der Massnahmebeschluss. Er enthält folgende Anordnungen (Urk. 31 S. 18 f.):

"1. Das Recht der Klägerin auf persönlichen Verkehr mit ihren drei Kindern C._____, geb. 2003, D._____, geb. 2005, und E._____, geb. 2007, wird für die Dauer des Eheschutzverfahrens beschränkt auf jeweils

- an jedem Mittwoch von 11:30 Uhr resp. Kindergartenschluss bis 17:00 Uhr
- sowie an jedem 1. und 3. Samstag des Monats von 09:00 Uhr bis 18:00 Uhr.

Die Klägerin ist demzufolge berechtigt, die Kinder während diesen Zeiten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

2. Für die Kinder C._____, geb. 2003, D._____, geb. 2005, und E._____, geb. 2007, wird eine Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 ZGB und eine Besuchsrechtsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet. Der Beistand bzw. die Beiständin wird beauftragt, die notwendigen Massnahmen im Sinne der Erwägungen zur Wahrung des Wohls der Kinder zu treffen.
3. Die Sozialbehörde Z._____ wird ersucht, den Beistand bzw. die Beiständin zu ernennen.
4. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.
- 5.-7. [...]"

5. Beide Parteien erstatteten innert erstreckter Fristen ihre Berufungsantworten, die Klägerin mit Eingabe vom 1. Juni 2011 (Urk. 35), der Beklagte mit Eingabe vom 7. Juni 2011 (Urk. 38). In der Folge nahmen sie Stellung noch zu

Noven und neu eingereichten Unterlagen je der Gegenpartei, die Klägerin mit Eingabe vom 24. Juni 2011 (Urk. 48), der Beklagte mit Eingaben vom 1. bzw. 4. Juli 2011 (Urk. 51 und 54).

Damit erweist sich der Prozess als spruchreif. Auf die Parteivorbringen ist nur insoweit einzugehen, als sie für die Entscheidungsfindung relevant sind.

II.

1. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Das erstinstanzliche Verfahren war dann schon rechtshängig, weshalb gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO bis zu dessen Abschluss noch das bisherige Verfahrensrecht, mithin die zürcherische Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) und das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG/ZH) galt.

Eröffnet wurde der angefochtene Entscheid vom 8. Februar 2011 nach Inkrafttreten der ZPO, womit für das vorliegende Rechtsmittelverfahren vor Obergericht die ZPO Anwendung findet (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Dem angefochtenen Entscheid fehlt es an einer Rechtsmittelbelehrung (§ 188 GVG/ZH, vgl. auch § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO/ZH sowie Art. 238 lit. f und Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO), was beide Parteien zu Recht beanstanden (Urk. 2 S. 3, Ziff. I/3, und Urk. 19/2 S. 2, Ziff. I/2). Dies blieb jedoch ohne Folgen.

III.

1. Thema im vorliegenden Berufungsverfahren ist unter anderem, ob die Vorinstanz überhaupt zum Entscheid über eine Obhutsaufhebung/Fremdplatzierung und zur Regelung des persönlichen Verkehrs sachlich zuständig war. Als Prozessvoraussetzung ist die Zuständigkeit vom Gericht von Amtes wegen zu prüfen (§ 108 ZPO/ZH; Art. 60 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

2.1. Die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vertrat in ihrem Urteil vom 18. Februar 2011 über die Rückweisung an den Bezirksrat (Urk. 5;

bereits erwähnt auf Seite 4 vorn, E. I/1) die Ansicht, die Eheschutzrichterin, die in Unkenntnis des im Kindesschutzverfahren hängigen Rechtsmittelverfahrens u. a. in der Frage der Obhutsaufhebung und der Fremdplatzierung entschieden habe, sei dafür sachlich nicht zuständig gewesen. Deshalb könne ihr Entscheid durch die Rechtsmittelinstanz aufgehoben werden, vorausgesetzt dass er angefochten werde (Urk. 5 S. 5, E. III/2, und S. 7, E. III/5; für die Einzelheiten wird auf jenen Entscheid verwiesen). Vorliegend *ist* der eheschutzrichterliche Entscheid angefochten worden.

2.2. Nach Art. 315a Abs. 3 Ziff. 1 ZGB dauert die sachliche Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden fort, wenn sie schon vor einem gerichtlichen Eheschutzverfahren ein Kindesschutzverfahren eingeleitet haben.

Die Klägerin reichte ihr Eheschutzbegehren mit Datum vom 13. Dezember 2010 am 14. Dezember 2010 bei der Einzelrichterin ein (vgl. Urk. 7/1), womit die Rechtshängigkeit des Eheschutzverfahrens eintrat (§ 205 ZPO/ZH). In jenem Zeitpunkt war das Kindesschutzverfahren bei der Sozialbehörde Z._____ bereits eingeleitet, hatte letztere Behörde doch schon am 9. Dezember 2010 (superprovisorisch) bzw. am 13. Dezember 2010 (in der Sache) die Obhut den Eltern entzogen (mit Entzug der aufschiebenden Wirkung eines allfälligen Rechtsmittels; Urk. 7/33/ 48-49 und 7/33/64 ff.). Wegen der eingelegten Rechtsmittel blieb das Kindesschutzverfahren in der Folge hängig und ist es noch immer. Somit liegt ein Fall vorbehaltener vormundschaftlicher Zuständigkeit im Sinne von Art. 315a Abs. 3 Ziff. 1 ZGB vor.

2.3. Dass sich während des gerichtlichen Verfahrens die Verhältnisse gegenüber den von den vormundschaftlichen Behörden beurteilten verändert haben, was unter Umständen eine gerichtliche Anordnung rechtfertigen könnte, kann angesichts des noch laufenden Kindesschutzverfahrens ausgeschlossen werden (vgl. zum Ganzen BGE 125 III 401, 405 f. mit Hinweisen, u.a. auf BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 315-315b N 8). Es wird Aufgabe der vormundschaftlichen (Aufsichts-)Behörden sein, auch zu prüfen, ob sich die Verhältnisse seit dem erstinstanzlich von der Sozialbehörde Z._____ angeordneten Obhutentzug so verändert haben, dass sich eine Anpassung der angeordneten Kindesschutzmassnah-

me aufdrängt (Bger 5P.41/2005, Urteil vom 28. Juni 2005, E. 4.2.4.; BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 420 N 22; anderer Meinung offenbar die Klägerin: Urk. 19/2 S. 4, Ziff. II/2).

2.4. Demnach war und ist die Eheschutzrichterin während des laufenden Kindesschutzverfahrens nicht zuständig, insoweit es um die Frage des Obhutsentzugs und der Fremdplatzierung geht. Indem sie dennoch – in Absprache übrigens mit dem Bezirksrat Pfäffikon (Urk. 7/31 und Urk. 7/42, vgl. ferner auch Art. 317 ZGB) – eine Kindesschutzmassnahme anordnete, geschah dies in Verletzung zwingender Zuständigkeitsvorschriften. Die Dispositivziffern 1 und 2 der Verfügung vom 8. Februar 2011 sind daher von Amtes wegen aufzuheben.

Die praktische Auswirkung dieser Aufhebung wird indessen gering sein, da sich die Obhutsaufhebung/Fremdplatzierung auch auf den vorangegangenen Beschluss der Sozialbehörde vom 13. Dezember 2010 (mit Entzug der aufschiebenden Wirkung) stützen lässt (Urk. 7/14), es folglich – zumindest einstweilen – beim Obhutsentzug und der Fremdplatzierung bleibt.

3.1. Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Gericht und vormundschaftlichen Behörden gemäss Art. 315a ZGB gilt nur für die Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB, hingegen nicht auch für die Regelung des persönlichen Verkehrs. Diese obliegt nach Art. 275 ZGB grundsätzlich der Vormundschaftsbehörde (Abs. 1), *ausser* das Scheidungs- oder Eheschutzgericht teile die elterliche Sorge oder Obhut zu oder befinde über eine Abänderung dieser Zuteilung oder des Unterhaltsbeitrages (Abs. 2). Lehre und Praxis gehen übereinstimmend davon aus, dass das Gericht in Ehesachen wie an vorbestehende Kindesschutzmassnahmen auch an von der Vormundschaftsbehörde bereits getroffene Anordnungen über den persönlichen Verkehr gebunden ist (BGE 125 III 401, 407, E. 2b/ee; Stettler, Das Kindesrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, III/2, Basel 1992, § 16/IV Bst. I Ziff. 2 S. 279; BK-Hegnauer, N 24 zu Art. 275 ZGB; BSK ZGB I-Schwenzer, Art. 275 N 7). Solche bestanden hier jedoch nicht, da die Sozialbehörde Z._____ zwar die elterliche Obhut entzogen und die Kinder fremdplatziert hat, es hingegen unterliess, gleichzeitig von Amtes wegen den persönlichen Verkehr zwischen Eltern und Kindern in Entscheidform zu regeln (BSK ZGB I-

Schwenzer, Art. 275 N 3; vgl. E. I/1 vorn mit Verweis auf Urk. 4/3 S. 87 und Urk. 9 S. 2).

3.2. Nach Art. 275 Abs. 2 ZGB regelt das Eheschutzgericht also nur dann den persönlichen Verkehr, wenn es auch die Obhut regelt (abgesehen von den weiteren, hier nicht gegebenen Fällen). Da wie dargelegt die Vorinstanz in der Obhutfrage nicht zuständig ist, ist sie folglich auch nicht zuständig für einen Sachentscheid über die Regelung des persönlichen Verkehrs.

Eine Konzentration der Zuständigkeit bei derselben Behörde sowohl für die Obhutfrage als auch für die Regelung des persönlichen Verkehrs drängt sich wegen des engen sachlichen Zusammenhangs geradezu auf: Zunächst einmal setzt eine Regelung des persönlichen Verkehrs voraus, dass dem betreffenden Eltern teil überhaupt die Obhut entzogen wurde (vgl. Art. 273 Abs. 1 ZGB). Sodann sind Regelungen über den persönlichen Verkehr stets den jeweiligen Umständen anzupassen, bei einer Fremdplatzierung folglich auch dieser speziellen Situation. Es sind zudem die spezifischen Gründe der Obhutentziehung zu berücksichtigen (BK-Hegnauer, N 61 ff. zu Art. 273 ZGB; Blum, Der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind gemäss Art. 273 - 275 ZGB, Diss. Zürich 1983, S. 185 f.; BGE 93 II 66 = Pra 1967, 283). Aus alledem erhellt, dass jedenfalls eine Regelung, die über den Charakter einer bloss prozessualen Regelungsmassnahme (wie z. B. jener gemäss Beschluss der Kammer vom 9. Mai 2011, Urk. 31) hinausgeht, zweckmässigerweise von derselben Behörde zu treffen ist, die auch mit der Obhutfrage befasst ist.

Nach Vorliegen des vom Bezirksrat Pfäffikon in Auftrag gegebenen kinderpsychologischen Gutachtens (vgl. Urk. 30) wird die bisherige Obhutregelung einer Überprüfung zu unterziehen sein. Es wird Aufgabe der vormundschaftlichen Behörde sein, spätestens dann eine den aktuellen Umständen angepasste Regelung des persönlichen Verkehrs zu treffen.

Zu beachten gilt vorliegend jedoch, dass die Vorinstanz den persönlichen Verkehr bloss im Sinne einer vorsorglichen Massnahme nach § 110 ZPO/ZH und ohne dass eine Regelung der vormundschaftlichen Behörde vorbestand, regelte. Angesichts des rechtshängigen Hauptprozesses (betreffend Eheschutz) hatte die

Vorinstanz vor Erlass der vorsorglichen Massnahme nur summarisch zu prüfen, ob sie überhaupt zuständig ist, und hätte sie das Begehren nur dann von der Hand zu weisen gehabt, wenn sie *offensichtlich* unzuständig gewesen wäre (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, Art. 110 N 62; ZR 73 [1974] Nr. 110). Von Letzterem kann hier nicht die Rede sein, war die Zuständigkeitsabgrenzung nach Art. 315a ZGB auf den vorliegenden Fall bezogen doch durchaus diskutabel. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zur Wahrung der Kindesinteressen einstweilige Anordnungen betreffend den persönlichen Verkehr traf, umso mehr als sie dies in Absprache mit der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde tat (Art. 317 ZGB, Urk. 7/31).

3.3. Da es bei der Frage des persönlichen Verkehrs um Kinderbelange geht, gilt der Untersuchungs- und Officialgrundsatz, d. h. das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und entscheidet ohne Bindung an die Parteianträge (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO, Art. 272 ZPO).

3.4. Die vorinstanzliche Regelung des Besuchsrechts der Beklagten (Dispositivziffer 3 des angefochtenen Entscheids) ist heute insofern überholt, als das Besuchsrecht mit Beschluss der Kammer vom 9. Mai 2011 (Urk. 31, siehe vorn S. 6, E. I/4) Anpassungen erfuhr. Es kann weitgehend auf diesen Entscheid und dessen Erwägungen verwiesen werden.

In absehbarer Zeit dürfte das kinderpsychologische Gutachten vorliegen, das wie erwähnt (S. 10 vorn, E. V 3.2) Anlass geben wird, auch die Besuchsrechtsregelung zu überdenken und soweit nötig anzupassen. In Bezug auf Änderungen an der Besuchsrechtsregelung gemäss Entscheid vom 9. Mai 2011 ist deshalb im jetzigen Zeitpunkt Zurückhaltung geboten, insbesondere aus Gründen der Stabilität. Die seither erfolgten Parteivorbringen (Urk. 35, 38, 41, 44, 48, 51) geben zudem nicht Anlass zu grundsätzlichen Änderungen.

Eindeutig widerlegt sind die Ausführungen des Beklagten, wonach die Klägerin am Mittwochnachmittag bloss ihre Eltern zur Besuchsrechtsausübung schicke und sie selbst ihre Kinder (bzw. einzelne von ihnen) weder sehe noch sehen wolle (Urk. 38 S. 5, Urk. 51 S. 4). Dass dem nicht so ist, geht sogar aus

dem vom Beklagten selbst eingereichten Beobachtungsbericht der Tagesmutter I. _____ (Urk. 45) hervor (so auch die Klägerin in Urk. 48 S. 4). Hingegen hat sich herausgestellt, dass die dem Beschluss vom 9. Mai 2011 zugrunde liegenden Angaben über die Betreuungsverhältnisse (vgl. Urk. 30 S. 15, Urk. 26/7) insofern unvollständig bzw. überholt waren, als nicht bekannt war, dass E. _____ am Mittwochmorgen von der Tagesmutter zeitweise in L. _____ betreut wird (vgl. Urk. 37/3/1, Ziff. 1 und 5). Das Einhalten des angeordneten Besuchsrechts hat deshalb Schwierigkeiten bereitet, da die Aufenthaltsorte der Kinder vor dem Abholen relativ weit auseinander liegen. Diesen Problemen kann am Einfachsten begegnet werden, indem die Abholzeit am Mittwoch generell auf 10:30 Uhr vorverlegt wird, sodass die Klägerin persönlich E. _____ auch in L. _____ abholen kann und trotzdem imstande sein wird, die älteren zwei Kinder wie bisher bei Kindertagesabschluss abzuholen. Dass auf diese Weise in kindertagesfreien Zeiten alle Kinder eine Stunde länger von ihrer Mutter betreut werden, weckt keine Bedenken, sondern erscheint als billig.

Demnach ist die Besuchsrechtsregelung gemäss Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung (Urk. 3) durch eine entsprechend angepasste Regelung zu ersetzen. Diese Regelung gilt grundsätzlich für die Dauer des Eheschutzverfahrens, kann jedoch (insbesondere durch die vormundschaftliche Behörde, die nach hier vertretener Auffassung sachlich zuständig ist) veränderten Umständen angepasst werden.

IV.

1. Ebenfalls vorsorglich, für die Dauer des Eheschutzverfahrens, wies die Vorinstanz die eheliche Wohnung an der ...gasse ... in Z. _____ samt Hausrat und Mobiliar der Klägerin zur alleinigen Benutzung zu (Urk. 3, E. IV und Dispositivziffer 5). Sie begründete dies damit, dass dem Beklagten von der Gemeinde Z. _____ (seiner Arbeitgeberin) seit Anfang 2011 eine andere Wohnung zur Verfügung gestellt werde, weshalb er nicht auf die eheliche Wohnung angewiesen sei. Laut der Vorinstanz wäre es demgegenüber für die Klägerin, die bis anhin in der

Wohnung gelebt habe und die über kein Einkommen verfüge, sehr schwierig, eine neue Wohnung zu finden (Urk. 3 S. 8, E. IV/3).

2. Der Beklagte bringt dagegen (zusammengefasst) vor, es sei ihm die eheliche Wohnung von seiner Arbeitgeberin als Hauswartwohnung zur Verfügung gestellt worden, damit er seine Pikett- und anderen Aufgaben für die Gemeinde erfüllen könne. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb dessen ungeachtet die Wohnung der Klägerin zugeteilt worden sei, umso mehr als diese immer von Z._____ habe wegziehen wollen und überdies von ihrer Mutter finanziell unterstützt werde (Urk. 2 S. 6 f., Ziff. II 8; vgl. auch Urk. 4/1 und Urk. 51 S. 2 f.). Zudem sei aktenwidrig angenommen worden, die Gemeinde habe ihm, dem Beklagten, eine andere Wohnung gestellt (Urk. 51 S. 3).

Die Klägerin hält diese Vorbringen für unerheblich. Allerdings habe sich die Situation inzwischen insofern verändert, als die Gemeinde als Vermieterin die Wohnung per Ende Mai 2011 infolge Zahlungsrückstands gekündigt habe, nachdem der Beklagte den Mietzins nicht mehr entrichtet habe. Sie vermute, dass die Gemeinde ab Juni 2011 einen neuen Mietvertrag mit dem Beklagten als Alleinmieter schliessen werde, womit die eheschutzrichterliche Wohnungszuteilung treuwidrig bzw. rechtsmissbräuchlich umgangen werde (Urk. 35 S. 3 f., Ziff. II 3).

Unbestritten ist, dass das Mietverhältnis, aufgrund dessen die Parteien vormals im Haus ...gasse ... in Z._____ zusammenlebten, seitens der Vermieterin aufgelöst worden ist. Nach eigenen Ausführungen hat die Klägerin am 1. Juni 2011 um 14 Uhr die Hausschlüssel bei der Gemeindeverwaltung Z._____ abgegeben (Urk. 48 S. 3).

3.1. Das Gesetz enthält keine Hinweise, nach welchen Kriterien die Benützung von Wohnung und Hausrat zu regeln ist. Lehre und Praxis gehen davon aus, dass nach Recht und Billigkeit zu entscheiden ist und dass es um eine auf praktische Bedürfnisse zugeschnittene Regelung geht, keinesfalls um eine vorgezogene güterrechtliche Auseinandersetzung (ZK-Bräm, N 37 zu Art. 176 ZGB, mit zahlreichen Hinweisen). Umso mehr muss dies gelten, wenn im Rahmen von vorsorglichen Regelungsmassnahmen bloss provisorisch entschieden wird.

3.2. Die Wohnungszuteilung gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB berührt nur das Verhältnis zwischen den Ehegatten (sog. Innenverhältnis). Das Rechtsverhältnis des einen oder beider Eheleute zur Vermieterschaft (sog. Aussenverhältnis) wird dagegen nicht tangiert (ZK-Bräm, N 45 zu Art. 176 ZGB).

Unbestritten ist vorliegend, dass die Ansetzung einer Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung nicht nur dem Beklagten, sondern separat auch der Klägerin zugegangen war (Urk. 35 S. 4, Urk. 37/1/5; Art. 266n OR). Da der Beklagte (mangels vollstreckbarer Unterhaltsregelung) die nötigen Mittel für die Bezahlung der Miete nicht freiwillig stellte (vgl. Urk. 37/1/5 und Urk. 51 S. 3), hätte die Klägerin zur Abwendung der Kündigung nicht umhingebracht, rechtzeitig entweder (einstweilen) selbst für die Miete aufzukommen, ein dringliches gerichtliches Unterhaltsbegehren zu stellen oder aber – notfalls – wirtschaftliche Sozialhilfe dafür zu beanspruchen. Offensichtlich war sie sich dessen bewusst (vgl. Urk. 37/1/4). Auch mietrechtlich focht sie die Kündigung offenbar nicht an; sie liess es damit bewenden, die Vermieterin um 'Rücknahme' der Kündigung zu ersuchen (vgl. Urk. 37/1/4). Nachdem dieses Anliegen abschlägig beantwortet worden war (Urk. 37/1/1), zog die Klägerin aus der Wohnung aus (was im Übrigen schon länger ihren Plänen entsprochen hatte, Urk. 7/38 S. 18 f.).

Im vorliegenden Berufungsverfahren geht es bloss um die Anfechtung der vorsorglichen Regelung vom 8. Februar 2011 über die Benützung von Wohnung und Hausrat. Diese Regelung ist inzwischen obsolet geworden, nachdem die Wohnung der Vermieterin zurückgegeben wurde. Damit hat sich dieser Streitgegenstand im Laufe des Rechtsmittelverfahrens ausserprozessual erledigt und das Rechtsschutzinteresse ist entfallen (vgl. Leumann Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 242 N 3).

3.3. Auch die von der Vorinstanz vorgenommene Zuteilung von Hausrat und Mobiliar war nicht auf Dauer angelegt. Ihr Ziel war mitunter, im Trennungskonflikt kurzfristig zur Beruhigung der Situation beizutragen, indem die Nutzungsberechtigung einstweilen geklärt wurde, und zwar einhergehend mit der Wohnungszuteilung (Urk. 3 S. 7, E. IV/2: "Wer die Familienwohnung übernimmt, kann erwarten, dass sie möbliert bleibt"). Dementsprechend ist diese Regelung nicht

präjudiziell für die sachenrechtliche Zuordnung der Gegenstände resp. die güterrechtliche Auseinandersetzung (so schon die Vorinstanz in Urk. 3, E. I/4 und IV/2).

Nachdem die Klägerin aus der vormals ehelichen Wohnung ausgezogen ist, musste sie sich in neuen Räumen einrichten. Es kann somit nicht mehr darum gehen, dass die übernommene Familienwohnung möbliert bleibt. Damit ist die Notwendigkeit einer autoritativen Benützungsbefugnis bereits für die Dauer des (summarischen) Eheschutzverfahrens entfallen.

Sodann ist festzustellen, dass es der Beklagte unterliess, seine Berufung in Bezug auf die provisorische Zuteilung von Hausrat und Mobiliar zu begründen, bspw. warum er bestimmte Hausratsgegenstände für sich benötigte, warum er in Bezug auf den Hausrat allenfalls anderer Meinung als die Vorinstanz ist etc. Er setzt sich mit der Thematik nicht auseinander, auch nicht wenn er in seiner Eingabe vom 1. Juli 2011 ausführt, die Mitnahme des Mobiliars der Kinderzimmer durch die Klägerin werde bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung Thema sein (Urk. 51 S. 3). Auch in den vorinstanzlichen Akten finden sich keine themabezogenen Vorbringen. Es kann daraus geschlossen werden, dass sich der Beklagte vor allem an der (vorsorglichen) Wohnungszuteilung störte und er demgegenüber der (damit zusammenhängenden) Zuteilung von Hausrat/Mobiliar keine eigenständige Bedeutung beimisst. Sähe der Beklagte dies anders, wäre ihm entgegenzuhalten, dass dann wegen Nichteinhaltens der in Art. 311 Abs. 1 ZPO statuierten Begründungspflicht von Amtes wegen insoweit ein Nichteintreten auf seine Berufung zu erfolgen hätte (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 311 N 38), was letztlich auf das Gleiche hinauslief.

4. In Bezug auf den Berufungsantrag 4 des Beklagten resp. die Dispositivziffer 5 des angefochtenen Entscheids ist das Berufungsverfahren somit gemäss Art. 242 i.V.m. Art. 219 ZPO als gegenstandslos abzuschreiben.

V.

1. Bei der Festsetzung der Entscheidgebühr ist namentlich auch das Verfahren der superprovisorischen Massnahme zu berücksichtigen (siehe E. VII/1 und Dispositivziffer 4 des Beschlusses vom 9. Mai 2011, Urk. 31), das einen erheblichen Zeitaufwand verursachte. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich übers Ganze gesehen – in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 und § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) – eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 4'800.–.

Das vorliegende Verfahren dreht sich im Wesentlichen um Kinderbelange (Obhut, persönlicher Verkehr). Hinsichtlich Kinderbelangen sind die Parteien gemäss ständiger Praxis des Obergerichts unabhängig vom Verfahrensausgang je zur Hälfte kostenpflichtig und sind in einem solchen Verfahren die Parteientschädigungen wettzuschlagen, sofern unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung bestanden (ZR 84 [1985] Nr. 41; Kass.-Nr. AA090045, veröffentlicht unter www.gerichte-zh.ch/Entscheide; Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Von Letzterem ist vorliegend auszugehen. Auch in Bezug auf das Gegenstandsloswerden der strittigen Wohnungs-/Hausratszuteilung rechtfertigt sich eine hälftige Kostenaufgabe (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Die genauen Umstände und jeweiligen Interessenlagen im Zusammenhang mit der Mietvertragsauflösung bleiben hier zwar ungeklärt; diesem Streitpunkt kommt im Verhältnis zum Ganzen aber ohnehin untergeordnete Bedeutung zu.

Demnach sind die Gerichtskosten je hälftig auf die Parteien zu verteilen und mit den geleisteten Kostenvorschüssen zu verrechnen (Art. 111 Satz 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Die Dispositivziffern 1 und 2 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 8. Februar 2011 werden ersatzlos aufgehoben.

2. In Bezug auf die Berufung des Beklagten gegen Dispositivziffer 5 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 8. Februar 2011 wird das Verfahren als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Die Dispositivziffer 3 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 8. Februar 2011 wird durch folgende Fassung ersetzt:

"Die Klägerin wird für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens für berechtigt erklärt, ihre drei Kinder C._____, geb. 003, D._____, geb. 2005, und E._____, geb. 2007, wie folgt zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:

 - an jedem Mittwoch von 10:30 Uhr resp. Kindergartenschluss bis 17:00 Uhr sowie
 - an jedem 1. und 3. Samstag des Monats von 09:00 Uhr bis 18:00 Uhr."
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit ihren Kostenvorschüssen verrechnet.
4. Parteientschädigungen für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an:
 - die Parteien,
 - F._____ und G._____, ...strasse ..., ... Z._____,
 - die Sozialbehörde Z._____, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. H._____,
 - den Bezirksrat Pfäffikon (Geschäfts-Nr. VO.2011.167) sowie an

- die Vorinstanz.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 und zugleich 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. In diesem Verfahren stehen die Fristen nicht still.

Zürich, 28. Juli 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichterin Dr. M. Schaffitz

lic. iur. K. Vogel

versandt am:
se