

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120083-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur.
M. Spahn und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. Ch. Büchi

Beschluss vom 13. Dezember 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Besuchsrecht)**

**Berufungen gegen eine Endverfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 19. November 2012
(EE100005)**

Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom
19. November 2012 (Urk. 2 S. 3 ff.):

- "1. Das Begehren der Beklagten um Verpflichtung des Klägers zur Bezahlung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 10'000.-- wird abgewiesen.
2. Das Begehren der Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind.
4. Die Obhut für das Kind C._____, geboren am tt.mm.2006, wird der Beklagten zugeteilt.
5. Der Kläger wird mit Vollstreckbarkeit dieses Entscheides für berechtigt erklärt, das Kind im folgenden Umfang auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:
 - während den ersten sechs Wochen jeden zweiten Sonntag unbegleitet von 11.00 Uhr bis 16.30 Uhr mit einer begleiteten Übergabe (nach Möglichkeit im ...);
 - während den anschliessenden sechs Wochen jeden zweiten Sonntag unbegleitet von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr;
 - während den anschliessenden 12 Wochen jedes zweite Wochenende von Sonntagmorgen, 10.00 Uhr, bis Montagmorgen, Schul-/Hortbeginn (inkl. einer Übernachtung; der Kläger bringt das Kind am Montag direkt in die Schule/Hort);
 - während den anschliessenden 12 Wochen jedes zweite Wochenende unbegleitet von Samstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Montagmorgen, Schul-/Hortbeginn (inkl. zwei Übernachtungen; der Kläger bringt das Kind am Montag direkt in die Schule/Hort);
 - während den anschliessenden 12 Wochen jedes zweite Wochenende unbegleitet von Freitagnachmittag, Schul-/Hortschluss, bis Montagmorgen, Schul-/Hortbeginn (inkl. drei Übernachtungen; der Kläger holt das Kind am Freitag in der Schule/Hort ab und bringt das Kind am Montag direkt in die Schule/Hort).

Nach Ablauf dieser letzten Phase ist der Kläger berechtigt, das Kind im folgenden Umfang auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch bzw. in die Ferien zu nehmen:

- jedes zweite Wochenende unbegleitet von Freitagnachmittag, Schul-/Hortschluss, bis Dienstagmorgen, Schul-/Hortbeginn (inkl. vier Übernachtungen; der Kläger holt das Kind am Freitag in der Schule/Hort ab und bringt das Kind am Dienstag direkt in die Schule/Hort);

- in geraden Jahren unbegleitet jeweils über die Osterfeiertage von Karfreitag bis und mit Ostermontag sowie über die Weihnachtsfeiertage vom 24. Dezember, 17.00 Uhr, bis und mit 26. Dezember;
 - in ungeraden Jahren unbegleitet von Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag sowie über Silvester/Neujahr vom 31. Dezember, ab 17.00 Uhr, bis und mit dem zweiten Neujahrsfeiertag, d.h. am 2. Januar;
 - für die Dauer von drei Wochen pro Jahr unbegleitet zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen; die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat der Kläger mindestens drei Monate im Voraus mit der Beklagten (allenfalls unter Mitwirkung der Beiständin) abzusprechen.
6. Die mit Verfügung vom 2. März 2012 für das Kind C._____ angeordnete Besuchs- und Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB i.V.m. Art. 176 Abs. 3 ZGB wird weitergeführt. Die der Beiständin bereits übertragenen Aufgaben werden teilweise beibehalten resp. ergänzt, nämlich:
- Organisation, Koordination und Umsetzung des Besuchsrechts;
 - Beratung und Unterstützung der Eltern sowie des Kindes in sämtlichen Belangen, welche die Erziehung und Ausbildung betreffen;
 - die Eltern über wichtige Geschehnisse zu informieren und eine vermittelnde Rolle zwischen ihnen zu übernehmen;
- und durch folgende Aufgaben ergänzt:
- Entscheid über die Besuchsmodalitäten unter Einbezug der Beteiligten (evtl. Übergabeort etc.);
 - Entscheid über Verschiebung von Besuchstagen resp. Nachholung von ausgefallenen Besuchstagen;
 - Entscheid bei Konflikten der Eltern im Hinblick auf die Ausübung des Besuchsrechts.
7. Die Vormundschaftsbehörde der Stadt E._____ wird ersucht, der mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde der Stadt E._____ vom 7. September 2012 neu ernannten Beiständin, Frau D._____, die Aufgaben gemäss Dispositiv Ziffer 6 zu übertragen.
8. Die eheliche Wohnung an der ...strasse ..., ... wird, inkl. Hausrat und Mobiliar, für die Dauer des Getrenntlebens der Beklagten und dem Kind zur alleinigen Benützung zugewiesen.
- Es wird davon Vormerk genommen, dass der Kläger bereits ausgezogen ist.
9. Der Kläger wird unter Anrechnung bereits geleisteter Unterhaltsbeiträge verpflichtet, der Beklagten und C._____ folgende monatlichen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- rückwirkend ab 1. Januar 2010 bis und mit 31. Juli 2010: Fr. 9'240.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für C. _____ und Fr. 7'140.- für die Beklagte persönlich;
- rückwirkend ab 1. August 2010 bis und mit 31. Dezember 2010: Fr. 8'790.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für C. _____ und Fr. 6'690.- für die Beklagte persönlich;
- rückwirkend ab 1. Januar 2011 bis 31. Oktober 2011: Fr. 6'690.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für C. _____ und Fr. 4'590.- für die Beklagte persönlich;
- rückwirkend ab 1. November 2011 bis 31. August 2012: Fr. 6'820.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für C. _____ und Fr. 4'720.- für die Beklagte persönlich;
- rückwirkend ab 1. September 2012: Fr. 6'240.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für C. _____ und Fr. 4'140.- für die Beklagte persönlich.

Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

10. Der Kläger wird sodann verpflichtet, der Beklagten als Unterhaltsbeitrag ab 25. März 2010 60% seiner von der F. _____ GmbH, von der G. _____ AG und von der F. _____ Betriebs GmbH erhaltenen unregelmässigen Gewinn- und Dividendenausschüttungen zu überweisen, wobei davon Vormerk genommen wird, dass die Ausschüttung der G. _____ AG von Fr. 30'000.- als regelmässige Ausschüttung zu betrachten ist.
Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten diesbezügliche Unterlagen unaufgefordert zukommen zu lassen.
11. Das Begehren des Klägers, er sei für berechtigt zu erklären, die Unterhaltszahlungen durch direkte Zahlung des Mietzinses der Wohnung an der ...strasse zu tilgen, so lange er dort in Haftung stehe, wird abgewiesen.
12. Die Gütertrennung wird per 1. Januar 2010 angeordnet.
13. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 7'500.00; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 10'310.00 Gutachterkosten
Fr. _____ 3'382.50 Barauslagen
Fr. _____ 21'192.50 Total
- Wird auf eine Begründung des Entscheids verzichtet, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.
14. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
15. Es wird keiner Partei eine Prozessentschädigung zugesprochen.

16. (Schriftliche Mitteilung.)
17. (Rechtsmittelbelehrung.)
18. Dieser Entscheid ist sofort vollstreckbar."

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es seien Ziff. 5 und 18 des rubrizierten Entscheides aufzuheben.
2. Es sei gestützt auf Art. 315 ZPO der hiermit erhobenen Berufung gegen Dispositiv Ziff. 5 (Besuchsrecht) die aufschiebende Wirkung wieder herzustellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers."

Erwägungen:

1. a) Mit Verfügung vom 19. November 2012 erfolgte vorgenannter unbegründeter Entscheid (Urk. 2). Hiergegen hat die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) mit Eingabe vom 30. November 2012 Berufung erhoben und die eingangs aufgeführten Anträge gestellt.

b) Mit Eingabe vom 11. Dezember 2012 liess sich der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) unaufgefordert vernehmen. Darin beantragte er, es sei die aufschiebende Wirkung bezüglich des Entscheides des Bezirksgerichts Zürich vom 19. November 2012 nicht zu erteilen und es sei ihm vor dem Entscheid über die allfällige Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung Frist zu Stellungnahme anzusetzen (Urk. 4).

2. Für das vorliegende Verfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO). Da sich die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

3. a) Wie die Beklagte in ihrer Rechtsmittelschrift vermerkt, handelt es sich beim angefochtenen um einen unbegründeten Entscheid. Zur Erhebung einer Berufung bedarf es als Anfechtungsobjekt allerdings eines begründeten Entscheides (Art. 311 Abs. 1 ZPO). An einem solchen fehlt es vorliegend, womit nicht auf die Berufung einzutreten ist.

b) Immerhin gibt die vorliegende – unzulässige – Berufung Anlass, in Erinnerung zu rufen, dass nach der Praxis der Kammer Entscheide in der Zeitspanne zwischen der unbegründeten Eröffnung und der Zustellung der schriftlichen Entscheidebegründung noch nicht vollstreckbar sind (vgl. Urteil RT120039 vom 11. Juni 2012 und Urteil RV120010 vom 13. September 2013). Der Berufung gegen vorsorgliche Massnahmen und damit auch gegen Eheschutzmassnahmen (vgl. BGE 137 III 475) kommt von Gesetzes wegen keine Suspensivwirkung zu (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO; vgl. auch). Die Berufungsinstanz kann jedoch die Vollstreckung gemäss Art. 315 Abs. 5 ZPO aufschieben, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Ein Antrag betreffend aufschiebende Wirkung kann frühestens nach Zustellung der schriftlichen Begründung gestellt werden. Würde man somit auch Massnahmeentscheide, die ohne schriftliche Begründung eröffnet wurden, die sofortige Vollstreckbarkeit zusprechen, könnte die (erstinstanzlich) obsiegende Partei die Massnahme bereits während der Frist zur Stellung eines Antrags auf schriftliche Begründung und der Ausfertigung derselben vollstrecken lassen – noch bevor die unterliegende Partei überhaupt die Möglichkeit hatte, bei der zweiten Instanz den Aufschub der Vollstreckbarkeit zu beantragen. Die Verteidigungsmöglichkeiten des Massnahmeggners würden dadurch eingeschränkt, ohne dass es dafür einen Grund gäbe. Ein Aufschub der Vollstreckbarkeit vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 315 Abs. 5 ZPO wird zwar nur zurückhaltend gewährt. Auch sollen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nach dem Willen des Gesetzgebers sofort vollzogen werden können (vgl. Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7221 ff., S. 7374). Die Möglichkeit, Entscheide ohne schriftliche Begründung zu eröffnen, dient hingegen in erster Linie der Arbeitsentlastung der Gerichte (vgl. Botschaft ZPO, a.a.O., S. 7275 und 7344). Es finden sich in den Materialien keine Hinweise dafür, dass damit auch eine zeitgerechtere Rechtsverwirklichung erreicht werden sollte. Dort,

wo besondere Dringlichkeit besteht, ist die gesuchstellende Partei auf die Möglichkeit der superprovisorischen Massnahme (Art. 265 ZPO) zu verweisen. Auch solche Dringlichkeitsentscheide sind im Übrigen kurz zu begründen (Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 265 N 2). Der unbegründete Entscheid vom 19. November 2012 ist bis zum Vorliegen einer Entscheidbegründung demzufolge noch nicht vollstreckbar. Daran vermag auch der Wortlaut in Dispositiv-Ziffer 18 des angefochtenen Entscheides nichts zu ändern. Ein Vollstreckungsgesuch wäre abzuweisen.

4. Den voranstehenden Erwägungen zufolge erweisen sich die mit Eingabe des Klägers vom 11. Dezember 2012 gestellten Anträge als obsolet.

5. Da die vorliegende Berufung unzulässig (E. 3. lit. a) und auch unnötig ist (E. 3. lit. b), sind die Kosten des Berufungsverfahrens ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 ZPO).

6. Dem Kläger ist für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 108 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 400.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von Urk. 4 sowie an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung und an die Obergerichtskasse, 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 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, 13. Dezember 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am:
se