

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130078-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Urteil vom 23. Januar 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 11. Dezember 2013 (EE130085-F)

Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 11. Dezember 2013:

1. Das Einfamilienhaus an der ... [Adresse] in C._____ samt Mobiliar und Hausrat wird für die Dauer des Verfahrens der Gesuchstellerin mit den Kindern zur ausschliesslichen Benutzung zugewiesen.
2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, die eheliche Liegenschaft innert *fünf Tagen* seit Erhalt dieses Entscheids zu verlassen.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden dem Endentscheid vorbehalten.
4. [Schriftliche Mitteilung]
5. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

Berufungsanträge:

- "1. Dispositiv-Ziffer 1 sei aufzuheben und es sei das Einfamilienhaus an der ... [Adresse] samt Mobiliar und Hausrat für die Dauer des Verfahrens dem Berufungskläger zur ausschliesslichen Benützung zuzuweisen.
2. Dispositiv-Ziffer 2 sei aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, das Einfamilienhaus spätestens bis und mit 31. Juli 2014 zu verlassen.
3. Eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 2 aufzuheben und es sei der Berufungskläger zu verpflichten, das Einfamilienhaus spätestens bis und mit 31. Januar 2014 zu verlassen.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWSt) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. a) Die Parteien sind verheiratet und haben zwei Kinder, eine Tochter (geboren am tt.mm.2002) und einen Sohn (geboren am tt.mm.2008). Seit dem 16. August 2013 stehen die Parteien vor dem Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) im Eheschutzverfahren (Vi-Urk. 1). Am 6. November 2013 fand der erste Teil der

Hauptverhandlung statt (Vi-Prot. S. 4 ff.; die Fortsetzung ist für den 12. Februar 2014 vorgesehen, Urk. 31). Am 17. November 2013 stellte die Gesuchstellerin ein Begehren um superprovisorische Zuteilung des ehelichen Einfamilienhauses an sie (Vi-Urk. 26). Nach Einholung von Stellungnahmen fällte die Vorinstanz am 11. Dezember 2013 den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Vi-Urk. 43 = Urk. 2).

b) Hiergegen hat der Gesuchsgegner am 20. Dezember 2013 fristgerecht (vgl. Vi-Urk. 44/2) Berufung mit den vorstehend wiedergegebenen Berufungsanträgen erhoben (Urk. 1).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2 a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Die Begründung hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll, sie hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese nicht gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Sutter-Somm/Hassenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 36 zu Art. 311 ZPO).

b) Neue Vorbringen sind im Berufungsverfahren lediglich im Rahmen echter Noven zulässig. Dies sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel, welche kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und

trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche erstinstanzlich der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist doch eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren abzulehnen, da diese der im Gesetz eigens vorgesehenen abweichenden Regelung von Art. 317 ZPO entgegensteht (ZR 110/2011 Nr. 96; ZR 111/2012 Nr. 35).

3. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, die bisherige Wohnsituation sei konfliktbelastet und es sei zu Auseinandersetzungen gekommen. Diese würden die Familie belasten und es sei den Parteien und insbesondere den Kindern nicht zuzumuten, diese längerfristig weiter aufrechtzuerhalten. Damit drohe ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, welchem mit einer raschen Klärung der Wohnsituation zu begegnen sei. Bei den Kriterien für die Zuteilung des Hauses stehe das Interesse der Kinder am Verbleib in der gewohnten Umgebung im Vordergrund. Die Zuteilung der Obhut an die Gesuchstellerin sei unstrittig und es erscheine angezeigt, den Kindern zumindest im Moment zu ermöglichen, in ihrer gewohnten Umgebung zu bleiben. Dass der als Architekt tätige Gesuchsgegner das Haus gelegentlich Kunden zeige, ergebe kein höher zu gewichtendes berufliches Angewiesensein. Für den Gesuchsgegner dürfte es auch einfacher sein, auch kurzfristig eine neue Unterkunft zu finden. Die Eigentumsverhältnisse seien dagegen ohne Belang (Urk. 2 S. 5 ff.).

4. a) Der Gesuchsgegner verlangt mit seiner Berufung im Hauptantrag, dass die eheliche Liegenschaft für die Dauer des Eheschutzverfahrens ihm zugeteilt werde, und als Eventualantrag die Ansetzung einer Auszugsfrist bis 31. Januar 2013 (Urk. 1 S. 2). Daraus ergibt sich, dass die vorinstanzliche Anordnung einer vorsorglichen Massnahme (für die Dauer des Eheschutzverfahrens) als solche nicht beanstandet wird. Ob die Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme erfüllt waren, d.h. ob die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft bereits für die Dauer des Eheschutzverfahrens tatsächlich notwendig war, oder ob es gereicht hätte, diese mit dem Eheschutz-Endentscheid zuzuteilen, ist demnach im vorliegenden Berufungsverfahren nicht zu überprüfen.

b) Der Gesuchsgegner macht betreffend die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft geltend, die streit- und konfliktsüchtige Gesuchstellerin habe die aktenkundigen Vorfälle aus prozesstaktischen Gründen angezettelt, um die Liegenschaft zugewiesen zu erhalten. Die Vorinstanz hätte dies näher abklären müssen. Er (der Gesuchsteller) habe ausgeführt, der Sohn komme jeden Abend zu ihm, um mit ihm zu spielen; es sei nicht richtig, dass den Kindern die Wohnsituation nicht zuzumuten sei. Er halte sich lediglich in einem Zimmer in der ehelichen Liegenschaft auf. Aufgrund des bevorstehenden Schulwechsels der Tochter bzw. des Schuleintritts des Sohnes könne die Gesuchstellerin die Liegenschaft per 31. Juli 2014 verlassen. Wie bereits vor Vorinstanz ausgeführt, handle es sich bei der ehelichen Liegenschaft um ein besonderes Haus und er zeige dieses, insbesondere den Innenausbau, regelmässig seinen Kunden (Urk. 1 S. 3 f.).

Wie erwähnt (vorstehend Erw. 4.a), ist im vorliegenden Berufungsverfahren nicht zu prüfen, *ob* die eheliche Liegenschaft als vorsorgliche Massnahme zuzuteilen ist, sondern nur noch, wem sie vorsorglich zuzuteilen ist. Daher ist auf das Vorbringen in der Berufungsschrift, dass den Kindern die Wohnsituation zuzumuten gewesen wäre, im Berufungsverfahren nicht einzugehen.

Für die Zuteilung einer ehelichen Wohnung bzw. eines ehelichen Hauses in einem Eheschutzverfahren haben die verschiedenen Kriterien nicht gleiches Gewicht. Soweit (unmündige) Kinder vorhanden sind, kommt deren Interesse nach Stabilität, mithin am Verbleib in der gewohnten Umgebung, vorrangige Bedeutung zu. Dies hat bereits die Vorinstanz korrekt dargelegt (Urk. 2 S. 6). Vorliegend war unstrittig, dass die beiden Kinder der Parteien unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen sein werden (Vi-Urk. 22 S. 1, 24 S. 1). Die entscheidende Erwägung der Vorinstanz, dass in dieser Situation den Kindern zumindest im Moment zu ermöglichen sei, in der gewohnten Umgebung zu bleiben (Urk. 2 S. 6), wurde von der Berufung zu Recht nicht beanstandet. Im Falle der Tochter hätte ein Umzug diese wohl auch in deren aktuellen Vorbereitungen für die Gymnasialprüfung beeinträchtigt. Dem Interesse des Gesuchsgegners, das Haus – aussen wie innen – Kunden präsentieren zu können, konnte daher keine ausschlaggebende Bedeu-

tung zukommen. Bei dieser Sachlage ist die von der Vorinstanz vorgenommene einstweilige Zuweisung der Liegenschaft an die Gesuchstellerin zu bestätigen.

Es bleibt dem Gesuchsgegner unbenommen, das Haus – nach Absprache mit der Gesuchstellerin – weiterhin Kunden zu präsentieren. Soweit die Gesuchstellerin dazu nicht Hand bieten würde, wären Einbussen beim Einkommen des Gesuchsgegners nicht a priori als unglaublich anzusehen.

c) Der Gesuchsgegner macht betreffend die Auszugsfrist (eventualiter) geltend, die Ansetzung einer Frist von fünf Tagen, noch dazu vor den Festtagen, sei unangemessen kurz. Es sei unmöglich, in dieser kurzen Zeit eine Wohnung zu finden. Er dürfe sodann infolge eines operativen Eingriffs am 16. Dezember 2013 während zwei Wochen keine schweren Gegenstände heben, weshalb es ihm unmöglich sei, seine persönliche Habe und insbesondere sein im ehelichen Haus befindliches Büro in dieser kurzen Frist zu räumen (Urk. 1 S. 4 f.).

Es ist dem Gesuchsgegner ohne Weiteres darin zuzustimmen, dass die von der Vorinstanz angesetzte Auszugsfrist äusserst kurz bemessen war. Allerdings ist auch nicht zu verkennen, dass die Gesuchstellerin bereits mit Eingabe vom 17. November 2013 die superprovisorische Zuteilung der Liegenschaft an sie verlangt hatte und der anwaltlich vertretene Gesuchsgegner aufgrund der unbestrittenen Obhutszuteilung damit rechnen musste, dass diesem Begehren möglicherweise als vorsorgliche Massnahme stattgegeben werden könnte (vgl. oben Erw. 4 b). Ebenso hat der Gesuchsgegner selbst vorgetragen, er sei im Liegenschafts- und Wohnungsmarkt sehr gut vernetzt und verfüge über gute Möglichkeiten, vor anderen Wohnungssuchenden eine Wohnung zu finden (Vi-Urk. 24 S. 27). Nachdem im heutigen Zeitpunkt sowohl die Festtage als auch die zwei Wochen, in welchen der Gesuchsgegner keine schweren Lasten heben darf, vorüber sind, ist die Berufung daher auch im Eventualantrag als unbegründet abzuweisen.

Dass der Gesuchsgegner wegen des zeitlichen Drucks vielleicht nicht die preisgünstigste Wohnung finden können, wird gegebenenfalls in seinem Bedarf zu berücksichtigen sein.

d) Nach dem Gesagten ist die Berufung des Gesuchsgegners abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

5. a) Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 6 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 6 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG und unter Berücksichtigung, dass innerhalb des Eheschutzverfahrens nur eine vorsorgliche Massnahme mit einem einzigen Thema im Streit steht, auf Fr. 1'000.-- festzusetzen.

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

c) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Gesuchstellerin mangels relevanter Umtriebe (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), dem Gesuchsgegner zufolge seines Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 11. Dezember 2013 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von Urk. 1, sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahme (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, 23. Januar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
se