

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE150018-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzender,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Beschluss und Urteil vom 17. April 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Pfäffikon vom 10. März 2015 (EE140045-H)**

Rechtsbegehren:

– des Klägers (Urk. 64 i.V.m. Urk. 1 und 29):

1. Dem Kläger sei gestützt auf Art. 175 ZGB das Getrenntleben zu bewilligen;
2. Die eheliche Wohnung an der ...strasse ... in ... C._____ sei samt Hausrat dem Kläger und den gemeinsamen Kindern, D._____, geb. tt.mm.1999, und E._____, geb. tt.mm.2006, zur alleinigen Benützung zuzuweisen;
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, die eheliche Wohnung spätestens bis zum 31.3.2015 zu verlassen;
4. Die gemeinsamen Kinder der Eheleute, D._____, geb. tt.mm.1999, und E._____, geb. tt.mm.2006, seien unter die elterliche Obhut des Klägers zu stellen;
5. Es sei aufgrund des Alters der Tochter D._____ auf die Regelung eines Besuchsrechts zu verzichten;
6. Es sei der Beklagten zu gestatten, die Tochter E._____ alle 2 Wochen von Freitagabend, 19.30 Uhr, bis Sonntagmittag, 14.00 Uhr, zu sich und mit sich auf Besuch zu nehmen;
7. Der Beklagten sei zu gestatten, 1x pro Woche zu einer festzulegenden Zeit, vorzugsweise am Mittwoch von 19.30 Uhr bis 20.00 Uhr, mit ihrer Tochter E._____ zu telefonieren;
8. Die Beklagte sei berechtigt zu erklären, die Tochter E._____ nach gerichtlicher Praxis alternierend Ostern, Pfingsten und Weihnachten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Es sei ihr ein jährliches Besuchsrecht von 3 Wochen (jeweils einzelne Wochen) zu gewähren;
9. Die Beklagte sei zu verpflichten, nach einer Übergangszeit eine Arbeitsstelle aufzunehmen und sich nötigenfalls beim RAV bzw. der Arbeitslosenversicherung anzumelden;
10. Die Beklagte sei dem Grundsatz nach zur Leistung von monatlichen Unterhaltszahlungen an ihre beiden Töchter D._____ und E._____ zu verpflichten;
11. Es sei davon Kenntnis zu nehmen, dass die Beklagte zufolge mangelnder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit nicht zur Leistung von persönlichen Unterhaltsbeiträgen an den Kläger verpflichtet werden kann;
12. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die Identitätskarten sowie die Pässe der Töchter D._____, geb. tt.mm.1999, und E._____, geb. tt.mm.2006, bis spätestens 17.3.2015 beim Gericht zu Handen des Klägers zu deponieren;
13. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer (8%) zu Lasten der Beklagten;
14. Es sei dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und die Unterzeichnete als seine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

– der Beklagten (Prot. I S. 19 f. i.V.m. Urk. 14, 31 und Prot. I S. 3):

1. Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen;
- 2.a) Es sei die eheliche Wohnung an der ...strasse ... in ... C._____ für die gesamte Dauer des Getrenntlebens der Beklagten zur ausschliesslichen Benutzung zuzuweisen;
- 2.b) Eventualiter sei der Beklagten eine Frist von mindestens 2 Monaten ab Rechtskraft des Urteils bis zum Verlassen der ehelichen Wohnung anzusetzen;
3. Die gemeinsame Tochter D._____, geb. tt.mm.1999, sei unter die Obhut des Klägers und die gemeinsame Tochter E._____, geb. tt.mm.2006, unter die Obhut der Beklagten zu stellen;
4. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten für die Tochter E._____, geb. tt.mm.2006, monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge in angemessener Höhe zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen;
5. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten für sie persönlich monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge in angemessener Höhe zu bezahlen;
6. Es sei die Gütertrennung anzuordnen;
7. Es sei für die gemeinsame Tochter E._____, geb. tt.mm.2006, eine vom Gericht zu bestimmende Kindesanwältin zu bestellen;
8. Es sei für die gemeinsame Tochter E._____, geb. tt.mm.2006, ein kinderpsychologisches Gutachten zu erstellen;
9. Es sei über den Kläger und die Beklagte ein Gutachten hinsichtlich der Erziehungsfähigkeit zu erstellen;
- 10.a) Es sei der Kläger unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, innert fünf Tagen der Beklagten das auf ihren Namen ausgestellte Kontrollschild ... herauszugeben oder dieses beim Strassenverkehrsamt zu deponieren;
- 10.b) Weiter sei der Kläger zu verpflichten, die von ihm verursachten Bussen für Strassenverkehrsdelikte zu bezahlen, respektive die Beklagte von jeglicher Schuld freizuhalten;
11. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuerzusatz zu Lasten des Klägers;
12. Es sei der Beklagten die unentgeltliche Prozessführung in dem Sinne zu gewähren, als dass diese von der Bezahlung von Vorschüssen, Sicherheitsleistungen und Gerichtskosten befreit wird und es sei ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Pfäffikon vom 10. März 2015:

(Urk. 85 S. 34ff.)

1. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien seit dem 27. Oktober 2014 auf unbestimmte Zeit getrennt leben.
2. Die Obhut über die Kinder D._____, geboren am tt.mm.1999, und E._____, geboren am tt.mm.2006, wird dem Kläger zugeteilt.
3. Die Beklagte wird für berechtigt erklärt, E._____
 - jedes zweite Wochenende von Freitag, 19.30 Uhr bis Sonntag, 17.00 Uhr,
 - in geraden Jahren jeweils von Karfreitag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag,
 - am 26. Dezember,
 - in geraden Jahren über die Neujahrsfeiertage vom 31. Dezember bis am 1. Januar und in ungeraden Jahren am 2. Januar auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
Die Beklagte ist dazu berechtigt, E._____ täglich von 19.30 Uhr bis 19.40 Uhr anzurufen.
Zudem wird die Beklagte für berechtigt erklärt, E._____ für die Dauer von 3 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat die Beklagte mindestens 3 Monate im Voraus mit dem Kläger abzusprechen.
Auf die Regelung von persönlichem Verkehr zwischen D._____ und der Beklagten wird verzichtet.
4. Die mit Entscheid der KESB Pfäffikon ZH vom 16. Dezember 2014 errichteten Kinderschutzmassnahmen über die Tochter E._____ werden unverändert weitergeführt.
5. Die eheliche Wohnung an der ...strasse ... in ... C._____ wird, inkl. Hausrat und Mobiliar, für die Dauer des Getrenntlebens dem Kläger und den Kindern zur alleinigen Benützung zugewiesen.
Die Beklagte wird verpflichtet, die eheliche Wohnung bis spätestens am 30. April 2015 zu verlassen.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger bis spätestens am 31. März 2015 die Pässe und Identitätskarten der Kinder auszuhändigen.
7. Mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Beklagten werden keine Kinderunterhaltsbeiträge zugesprochen.

8. Der Antrag des Klägers auf Verpflichtung der Beklagten, nach einer Übergangszeit eine Arbeitsstelle aufzunehmen und sich nötigenfalls beim RAV bzw. der Arbeitslosenversicherung anzumelden, wird abgewiesen.
9. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung ab 15. Oktober 2014 angeordnet.
10. Der Antrag der Beklagten um Bestellung einer Kinderanwältin für E._____ wird abgewiesen.
11. Der Antrag der Beklagten um kinderpsychologische Begutachtung von E._____ wird abgewiesen.
12. Der Antrag der Beklagten um Erstellung eines Erziehungsfähigkeitsgutachten der Parteien wird abgewiesen.
13. Die Teilvereinbarung der Parteien vom 10. März 2015 wird - was die Kinderbelange betrifft - genehmigt, und im Übrigen wird von der Teilvereinbarung Vormerk genommen. Sie lautet wie folgt:
 - 1. Getrenntleben**
[...]
 - 2. Elterliche Sorge, Obhut und persönlicher Verkehr D._____**
[...]
 - 3. Beistandschaft**
Die Parteien beantragen dem Gericht übereinstimmend, die mit Entscheid der KESB Pfäffikon ZH vom 16. Dezember 2014 errichteten Kinderschutzmassnahmen über die Tochter E._____ weiterzuführen.
 - 4. Ehegattenunterhalt**
Beide Parteien verzichten infolge mangelnder Leistungsfähigkeit auf persönliche Ehegattenunterhaltsbeiträge.
Dieser Vereinbarung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:
 - Erwerbseinkommen Kläger (inkl. 13. Monatslohn, inkl. Nebeneinkommen, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen): Fr. 2'500.- netto;
 - Erwerbseinkommen Beklagte: Fr. 0.-;
 - weitere Einkommen Kläger: Keine;
 - weitere Einkommen Beklagte: Keine;
 - Vermögen Kläger: keines;
 - Vermögen Beklagte: keines;
 - Bedarf Kläger: Fr. 3'000.- (ohne laufende Steuern);
 - Bedarf Beklagte: Fr. 3'000.- (ohne laufende Steuern).
 - 5. Kontrollschild**
Der Kläger verpflichtet sich, das Kontrollschild ... bis spätestens am 20. März 2015 beim zuständigen Strassenverkehrsamt zu hinterlegen.
Der Kläger erklärt sich bereit, die im Zusammenhang mit dem Kontrollschild ... entstandenen Kosten zu übernehmen.
 - 6. Gütertrennung**
[...]
 - 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

[...]

8. Weitere Anträge

[...]"

14. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 693.75 Dolmetscherkosten

Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gestützt auf Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

15. Vom gegenseitigen Verzicht auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
16. (Schriftliche Mitteilung)
17. (Berufung)

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 84, S. 1f.):

- "1. Es sei Ziff. 5 des angefochtenen Urteils dahingehend aufzuheben, dass der Gesuchsgegnerin die Frist zum Auszug aus der ehelichen Wohnung **bis 30. Juni 2015** erstreckt wird;
2. Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen und dem angefochtenen Urteil bis zu diesem Datum die Vollstreckbarkeit abzusprechen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners, eventualiter unter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung."

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen seit Mitte Oktober 2014 in einem vom Kläger und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) eingeleiteten Eheschutzverfahren (Urk. 1). Am 19. November 2014 fand vor Vorinstanz die Verhandlung über das Eheschutzbegehren statt (Prot. I S. 2ff.), welche am 10. März 2015 fortgesetzt wurde (Prot. I

S. 19ff.). Anlässlich der Fortsetzung der Verhandlung schlossen die Parteien eine Teilvereinbarung (Urk. 67). Gleichentags erliess die Vorinstanz eine Verfügung, mit welcher sie beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege bewilligte (Urk. 85 S. 34), und fällte hinsichtlich der strittig gebliebenen Trennungsfolgen das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 85 S. 34ff.).

2. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) mit Eingabe vom 9. April 2015 rechtzeitig Berufung, wobei sie die eingangs aufgeführten Anträge stellte (Urk. 84 S. 1f.).

3. Die Beklagte bringt mit ihrer Berufung vor, sie habe bis zum Urteil darauf vertraut, dass sie zumindest die Sorge über die Tochter E._____ erhalte, welche sie über all die Jahre vorwiegend betreut habe. Erst ein für sie nicht nachvollziehbarer Bericht der Beiständin, den sie kurz vor der Gerichtsverhandlung zur Kenntnis erhalten habe, hätten erste Zweifel daran aufkommen lassen. Das angefochtene Urteil - so die Beklagte weiter - verlange, dass sie innert Monatsfrist eine neue Unterkunft finde, obwohl der Kläger, welcher immer die Finanzen der Familie verwaltet habe, seit Jahren und insbesondere in den letzten Monaten dafür besorgt gewesen sei, ihren Ruf als Schuldnerin zu beschmutzen und ihr alle Steine in den Weg zu legen, eine Wohnung zu finden. Sie - die Beklagte - habe es als Ausländerin äusserst schwer, auf dem Wohnungsmarkt schnell eine Wohnung zu finden, was gerichtsnotorisch sei; überdies sei der Wohnungsmarkt überhitzt. Selbst unter normalen Umständen wäre eine solch kurze Übergangsfrist kaum einzuhalten, zumal von der Wohnungsbesichtigung bis zum Abschluss des Mietvertrags in der Regel noch einmal bis zu zwei Wochen verstrichen. Eine solche Frist sei alles andere als angemessen, sondern willkürlich. Sie - die Beklagte - habe sich in den letzten Wochen intensiv um eine neue Wohnung bemüht, habe aber bisher nichts finden können. Es sei unwahrscheinlich, dass sie bis Ende des Monats eine Wohnung finde. Dennoch habe ihr der Kläger bereits letzte Woche mit der Polizei gedroht, sollte sie nicht bis Ende des Monats ausgezogen sein (Urk. 84 S. 2ff.).

4.1. Die Vorinstanz hat die Kriterien, welche bei der Zuteilung der ehelichen Wohnung im Falle der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts sowie bei der An-

setzung der Auszugsfrist zu berücksichtigen sind, zutreffend wiedergegeben, weshalb auf diese Ausführungen verwiesen werden kann (Urk. 85 S. 29 und S. 30f.). Ebenfalls zutreffend hat die Vorinstanz festgehalten, dass es sich beim Entscheid betreffend Wohnungszuteilung um einen Ermessensentscheid handelt (Urk. 85 S. 29). Auch hinsichtlich der Übergangsfrist handelt es sich um einen Entscheid, welcher im Ermessen des Gerichts liegt und welchem eine Interessenabwägung der Parteien zugrunde gelegt werden muss. Auch dies hat die Vorinstanz zutreffend erwogen (Urk. 85 S. 30).

4.2. Die Vorderrichterin erwog, bei der ehelichen Wohnung handle es sich um eine 5.5-Zimmerwohnung, in welcher beide Töchter jeweils über ein eigenes Zimmer verfügten. Die Obhut über die beiden Kinder sei dem Kläger zuzuteilen. Es liege kein Grund vor, um vom Grundsatz abzuweichen, wonach die eheliche Wohnung demjenigen Ehegatten zu überlassen sei, welcher die Kinder in Obhut nehme (Urk. 85 S. 30). Mit Bezug auf die mit der vorliegenden Berufung einzig angefochtenen Auszugsfrist für die Beklagte hielt die Vorinstanz fest, dass der Kläger mit den Kindern gemäss den Ausführungen der Beiständin zur Zeit in einer Zweizimmerwohnung in F._____ wohne. Diese Wohnung habe von einer Bekannten gemietet werden können, welche diese tagsüber auch teilweise für therapeutische Tätigkeiten benutze. Die beiden Töchter könnten sich ein kleines Zimmer teilen, für persönliche Gegenstände gebe es kaum Platz. Der Kläger schlafe derzeit auf einer Matratze im Praxisraum/Wohnzimmer, dieses Zimmer müsse aber tagsüber frei sein. Es sei für den Kläger und die Kinder schwierig, in dieser Wohnung zu leben (Urk. 85 S. 31). Die Vorderrichterin gewichtete daher das Interesse des Klägers, zusammen mit den Kindern möglichst rasch in die eheliche Wohnung ziehen zu können, stärker als jenes der Beklagten, als Ausländerin mit grösseren Schwierigkeiten auf dem Wohnungsmarkt konfrontiert zu sein. Sie hielt fest, dass es der Beklagten als Einzelperson eher zuzumuten sei, innert kurzer Frist eine Übergangslösung zu suchen, als dem Kläger und den Kindern, unter den derzeitigen Verhältnissen zu wohnen. Es sei der Beklagten daher lediglich eine Auszugsfrist von einem Monat zu gewähren (Urk. 85 S. 31).

5.1 Mit diesen Erwägungen der Vorinstanz setzt sich die Beklagte nicht auseinander. Vielmehr beschränkt sie sich darauf, im Berufungsverfahren - wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 85 S. 30, Prot. I S. 23) - erneut vorzubringen, dass es für sie sehr schwierig sei, eine Wohnung zu finden, weil sie zahlreiche Einträge im Betreibungsregister habe und Ausländerin sei (Urk. 85 S. 4). Weshalb sie nicht vorübergehend eine Möglichkeit haben sollte, bei Freunden unterzukommen oder mit Hilfe des Sozialamtes eine Notunterkunft zu beziehen, legt sie nicht dar. Auch die Vorderrichterin ging denn nicht davon aus, dass die Beklagte bis Ende des Monats eine definitive neue Wohnung finden könne, sondern rechnete damit, dass sie sich allenfalls mit einer Übergangslösung behelfen müsse.

5.2. Soweit die Beklagte in der Berufung vorbringt, die Behauptungen des Klägers zu seiner Wohnsituation seien durch nichts bewiesen, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich die Vorderrichterin entgegen den Vorbringen der Beklagten nicht (nur) auf die Ausführungen des Klägers abstützt, sondern vielmehr massgeblich auf den Bericht der Erziehungsbeiständin der Kinder zur Wohnsituation (Urk. 85 S. 31 unter Hinweis auf Urk. 62 S. 1f.). Weshalb und inwiefern dieser Bericht der Beiständin unzutreffend sein soll, bringt die Klägerin nicht vor.

6. Zusammengefasst erweist sich die Berufung der Beklagten als offensichtlich unbegründet, ist demgemäss abzuweisen, und das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Unter diesen Umständen ist auf das Einholen einer Berufungsantwort des Klägers zu verzichten (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Ebenso erweist sich angesichts des Umstands, dass sogleich über die Berufung der Beklagten entschieden wird, ihr Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 84 S. 2) als gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben.

7. Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind sodann keine Parteienschädigungen zuzusprechen, der Beklagten infolge ihres Unterliegens und dem Kläger mangels erheblicher Umtriebe.

8. Die Beklagte stellt auch für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 84 S. 2). Da sich ihre Berufung jedoch sogleich als aussichtslos erweist, ist ihr Armenrechtsgesuch für das Berufungsverfahren gestützt auf Art. 117 lit. b ZPO abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Begehren der Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch der Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 10. März 2015 wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von Urk. 84, und das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 BGG (Abweisung unentgeltliche Rechtspflege) bzw. ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG (Entscheid betreffend Auszugsfrist aus der ehelichen Wohnung).

Es handelt sich in der Hauptsache 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. April 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:
se