

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE160020-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Leitende Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Ferreño

Urteil vom 8. Juli 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 1. Dezember 2015 (EE140428-L)

Erwägungen:

1. a) Mit Eingabe vom 22. Oktober 2014 beantragte die Gesuchsgegnerin vor Vorinstanz die Anordnung der Gütertrennung der Parteien (Urk. 4/1 S. 2 Geschäfts-Nr. EE140347-L). Der Gesuchsteller erklärte sich damit einverstanden und machte mit Eingabe vom 18. Dezember 2014 widerklageweise das vorliegende Eheschutzverfahren anhängig (vgl. Urk. 1 S. 1). Mit Urteil und Verfügung vom 5. Januar 2015 ordnete die Vorinstanz die Gütertrennung zwischen den Parteien per 22. Oktober 2014 an und erledigte das Eheschutzverfahren mit der Geschäfts-Nr. EE140347-L (Urk. 4/9). Das vom Gesuchsteller widerklageweise anhängig gemachte Eheschutzverfahren wurde mit nachstehend im Dispositiv wiedergegebenem Urteil vom 1. Dezember 2015 beendet (Urk. 50):

- "1. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für sich persönlich folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
 - 1. November 2014 bis 31. Dezember 2015: Fr. 6500.–
 - ab 1. Januar 2016: Fr. 4500.–Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Die Unterhaltsbeiträge ab 1. Januar 2016 sind einstweilen unbefristet für die weitere Dauer des Getrenntlebens zu bezahlen.
2. Der Antrag 4 der Gesuchsgegnerin wird gutgeheissen. Der Gesuchsteller wird damit verpflichtet, der Gesuchsgegnerin auf erstes Verlangen alle ihr zuzuordnenden Fotoalben (insgesamt ca. 40 Stück) sowie die ihr gehörenden Geschenke (z.B. goldene Löffel aus Russland und ihre Bilder) herauszugeben.
3. Die übrigen Anträge der Gesuchsgegnerin (Anträge 2.1. und 3.1. und 3.2.) werden abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden sind.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 7'500.–	;	die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 375.–		Dolmetscherkosten
<u>Fr. 7'875.–</u>		<u>Total Kosten</u>
5. Die Kosten werden zu 2/3 dem Gesuchsteller und zu 1/3 der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 5'000.– verrechnet.
6. Der vom Gesuchsteller geleistete Kostenvorschuss wird an seinen Kostenanteil angerechnet. Der Fehlbetrag wird von den Parteien nach Massgabe ihrer Kostentragungspflicht nachgefordert.
7. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine auf 1/3 reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'000.– zu bezahlen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer).
8. (Schriftliche Mitteilung.)
9. (Rechtsmittelbelehrung.)"

b) Hiergegen erhob der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) am 4. April 2016 Berufung und beantragte was folgt (Urk. 49 S. 2):

"Es sei in Aufhebung der Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichtes Zürich (5. Abteilung/Einzelgericht) vom 1. Dezember 2015 (EE140428-L/U) der Gesuchsantrag 4 der Gesuchsgegnerin (Herausgabe von goldenen Löffeln sowie Geschenken) abzuweisen;

eventualiter:

Es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Den vom Gesuchsteller mit Verfügung vom 8. April 2016 verlangten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– (Urk. 51) leistete er innert Frist (Urk. 52). Mit Verfügung vom 21. April 2016 wurde der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegnerin) Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 53). Sie erstattete ihre Berufungsantwort mit Eingabe vom 29. April 2016 (Urk. 54 und 55/1-2) und beantragte die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zulasten des Gesuchstellers (Urk. 54 S. 2). Mit Verfügung vom 2. Mai 2016 wurde den Parteien Frist angesetzt, um dazu Stellung zu nehmen, dass bei den goldenen Löffeln wie auch den Bildern (und den Fotoalben) weder von persönlichen Gebrauchsgegenständen noch von Hausrat im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB gesprochen werden könne, weshalb der erstinstanzliche Eheschutzrichter zur Regelung der Herausgabe dieser Gegenstände sachlich gar nicht zuständig gewesen sei (Urk. 56). Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin ging am 12. Mai 2016 ein (Urk. 57 und 59/3-4). Der Gesuchsteller liess sich nicht vernehmen. Ihm wurde mit Verfügung vom 27. Mai 2016 Frist angesetzt, um sich zu der von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Anerkennung des Herausgabebegehrens durch den Gesuchsteller hinsichtlich der fünf Schachteln mit Fotoalben und des goldenen Löffels aus Russland sowie zur Abschreibung des Berufungsverfahrens zu äussern (Urk. 60). Seine Eingabe datiert vom 3. Juni 2016 (Urk. 61 und 62). Diese wurde der Gesuchsgegnerin samt Beilage am 9. Juni 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Stempel auf Urk. 61 und 62).

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn

diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO; BGE 138 III 625 E. 2.2).

3. a) Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsteller, der Gesuchsgegnerin alle ihr zuzuordnenden Fotoalben (insgesamt ca. 40 Stück) sowie die ihr gehörenden Geschenke (z.B. goldene Löffel aus Russland und ihre Bilder) herauszugeben (Urk. 50 Dispositivziffer 2). Sie erwog, die herauszugebenden Sachen seien genügend klar spezifiziert, sei doch eruierbar, welches die goldenen Löffel aus Russland seien und welche Bilder der Gesuchstellerin gehören würden. Zudem sei gerichtsnotorisch, dass auch Fotoalben zugeordnet werden könnten (Urk. 50 S. 52).

b) Der Gesuchsteller rügt, der Antrag der Gesuchsgegnerin sei in derart unbestimmter Weise formuliert, dass er nicht zum Urteilsdispositiv hätte erhoben werden dürfen. Er könne unmöglich vollstreckt werden. Ohne weiteres hätte die Gesuchsgegnerin "die ihr gehörenden Geschenke", mithin "ihre Bilder" spezifizieren können und auch müssen. Konkrete Ausführungen über das Wo, Wann und die näheren Umstände der angeblichen Schenkungen habe die Gesuchsgegnerin unterlassen. Auch fehle eine Begründung zum Antrag, mithin eine genaue Beschreibung der Gegenstände und Hintergründe der angeblichen Geschenke (Urk. 49 S. 3 und Urk. 61 S. 2). Er habe schon im vorinstanzlichen Verfahren darauf hingewiesen, dass er bereit sei, die "Fotoalben" der Gesuchsgegnerin zur Verfügung zu stellen. Die Berufung richte sich gegen Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils, wonach er "Geschenke, z.B. goldene Löffel aus Russland und ihre Bilder" der Gesuchsgegnerin herausgeben solle (Urk. 49 S. 4).

c) Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, der Gesuchsteller habe vor Vorinstanz keinen Antrag zum Herausgabebegehren gestellt. Damit habe der anwaltlich vertretene Gesuchsteller ihr Begehren anerkannt (Urk. 54 S. 2). Seine Rüge der Unbestimmtheit des Begehrens gehe fehl, da er erklärt habe, im Besitze der rund 50 Fotoalben zu sein, welche sich zur Abholung bereit in fünf Umzugskisten mit einem Gewicht von über 100 kg befänden. Weiter habe er ihr bereits den goldenen Löffel aus Russland mit eingeschriebener Post herausgegeben.

Auch sei für den Gesuchsteller vollkommen klar, um welche Bilder es gehe (Urk. 54 S. 3). Sie habe die Fotoalben am 6. Mai 2016 beim Gesuchsteller abholen lassen und sei seither im Besitze derselben (Urk. 57 S. 3).

d) Die Berufung des Gesuchstellers richtet sich gegen die Herausgabe der Geschenke (z.B. goldener Löffel aus Russland und Bilder). Einigkeit herrscht zwischen den Parteien darüber, dass der goldene Löffel aus Russland (beide Parteien gehen im Berufungsverfahren von nur einem goldenen Löffel aus, Urk. 57 S. 2 und Urk. 61 S. 3) und die Fotoalben der Gesuchsgegnerin herausgegeben wurden (Urk. 49 S. 4, 54 S. 3, 57 S. 3 und 61 S. 3). Diese neue Tatsachenbehauptung ist zulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Fehl geht die Auffassung der Gesuchsgegnerin, wonach das Herausgabebegehren hinsichtlich des goldenen Löffels und der Fotoalben realiter erfüllt und die vorliegende Berufung zufolge Anerkennung im Sinne von Art. 241 ZPO abzuschreiben sei (Urk. 57 S. 3). Die Fotoalben sind nicht Gegenstand der Berufung (vgl. Urk. 49 S. 4), weshalb sich weitere Ausführungen erübrigen. Den goldenen Löffel aus Russland hat der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin herausgegeben. Eine Willenserklärung des Gesuchstellers, wonach er das Herausgabebegehren bezüglich des goldenen Löffels anerkenne, lässt sich daraus nicht konstruieren. Mit der Herausgabe des goldenen Löffels entfällt die Streitsache und damit das Rechtsschutzinteresse. Das Berufungsverfahren wird diesbezüglich gegenstandslos und ist in Anwendung von Art. 242 ZPO abzuschreiben.

e) Umstritten bleibt die Verpflichtung des Gesuchstellers zur Herausgabe der Bilder an die Gesuchsgegnerin. Wie bereits mit Verfügung vom 2. Mai 2016 ausgeführt (Urk. 56 S. 2 f.), ist das Eheschutzgericht nicht berechtigt, alles vorzukehren, was ihm sinnvoll oder notwendig erscheint; vielmehr muss es sich auf diejenigen Anordnungen beschränken, die im Gesetz eigens vorgesehen sind (Art. 172 Abs. 3 ZGB; BGE 114 II 18 E. 3b; BSK ZGB I-Schwander, Art. 172 N 14; Fankhauser/Guillod, in: Bächler/Jakob, Kurzkommentar ZGB, Basel 2012, Art. 172 N 6 m.w.H.). Gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB muss das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Benützung der Wohnung und des Hausrates regeln. Im Eheschutzverfahren ist jedoch weder eine güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen noch sind darin Eigentums- und Besitzschutzklagen ab-

zuhandeln. Für die Zuweisung von Gegenständen zu Eigentum, die Herausgabe von Gegenständen im Alleineigentum eines Ehegatten (z.B. Taschenuhrsammlung), die aber weder zum Hausrat noch zu den persönlichen Gegenständen eines Ehegatten gehören, besteht im Rahmen von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB kein Platz (Six, Eheschutz, 2. Aufl., Bern 2014, Rz 2.188). Jeder Ehegatte hat Anspruch auf Zuweisung seiner persönlichen Gebrauchsgegenstände (Kleider, Rasierapparat, Zahnbürste, Uhr, Schmuck, Kosmetika, Berufsausrüstung wie Mappen, Fachbücher usw.). Der andere Ehegatte hat ihm diese Sachen auf erstes Verlangen hin herauszugeben (Six, a.a.O., Rz 2.193). Die Parteien wurden mit Verfügung vom 2. Mai 2016 unter anderem darauf hingewiesen, dass die Bilder nicht unter die Begriffe der persönlichen Gebrauchsgegenstände und des Hausrates im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB fallen würden. Der erstinstanzliche Eheschutzrichter sei zur Regelung der Herausgabe der Bilder sachlich nicht zuständig gewesen (Urk. 56 S. 2 f.). Diese Auffassung teilt der Gesuchssteller (Urk. 61 S. 3). Die Gesuchsgegnerin erhebt in Bezug auf die streitbetroffenen Bilder keine Einwände (vgl. Urk. 57 S. 2 N 2). Vor diesem Hintergrund kann der Gesuchsteller nicht zur Herausgabe der begehrten Bilder verpflichtet werden. Die Berufung erweist sich diesbezüglich als begründet. Auf die vom Gesuchsteller im Berufungsverfahren gerügte Unbestimmtheit des Herausgabebegehrens der Gesuchsgegnerin (Urk. 49 S. 3 und Urk. 61 S. 2) ist daher nicht weiter einzugehen.

f) Resümierend ist die Berufung des Gesuchstellers teilweise gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils betreffend die Herausgabe der Bilder aufzuheben. Folglich ist auf den vorinstanzlichen Antrag Ziffer 4 der Gesuchsgegnerin nicht einzutreten. Im Übrigen ist die Berufung des Gesuchstellers hinsichtlich des goldenen Löffels aus Russland zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

4. Ausgangsgemäss sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren zu regeln. Die Prozesskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Bei Gegenstandslosigkeit können die Kosten nach Ermessen des Gerichts verlegt werden, wobei nach der Praxis grundsätzlich darauf abge-

stellt wird, wer vermutlich obsiegt hätte beziehungsweise wer die Gegenstandslosigkeit verursacht hat (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Der Gesuchsteller obsiegt hinsichtlich der Herausgabe der Bilder. In Bezug auf die Herausgabe des goldenen Löffels aus Russland wurde das Berufungsverfahren gegenstandslos. Die Gesuchsgegnerin hat das Verfahren mit ihrem Herausgabebegehren veranlasst und wäre mutmasslich unterlegen. Entscheidend erscheint hingegen, dass der Gesuchsteller den goldenen Löffel der Gesuchsgegnerin herausgegeben und die Gegenstandslosigkeit verursacht hat. Er unterliegt damit betreffend der Herausgabe des goldenen Löffels. Entsprechend sind die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2 lit. a, c und d sowie 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b und 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss des Gesuchstellers von Fr. 1'500.– zu verrechnen (Urk. 52, Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Gesuchsgegnerin ist zu verpflichten, dem Gesuchsteller den Vorschuss im Umfang von Fr. 750.– zu ersetzen. Die Parteientschädigungen sind wettzuschlagen.

Über die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Rahmen der bei der Kammer hängigen Zweitberufung der Gesuchsgegnerin gegen die Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4, 5, 6 und 7 des angefochtenen Urteils zu befinden sein.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Gesuchstellers wird die Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 1. Dezember 2015 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "2. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin auf erstes Verlangen alle ihr zuzuordnenden Fotoalben herauszugeben. Auf den Antrag Ziffer 4 der Gesuchsgegnerin betreffend die Herausgabe der Bilder wird nicht eingetreten."
- Im Übrigen wird das Berufungsverfahren betreffend die Herausgabe des goldenen Löffels aus Russland an die Gesuchsgegnerin abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem Kostenvorschuss des Gesuchstellers verrechnet. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 750.– zu ersetzen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen im Berufungsverfahren zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie 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.

Zürich, 8. Juli 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Leitende Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Ferreño

versandt am:
se