

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170009-O/U

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

Urteil vom 9. März 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 9. Februar 2017 (EE160015-H)

Massnahmebegehren der Beklagten:

"Es sei der Beklagten und den Kindern [...] bereits während der Dauer des Verfahrens und für die Dauer des Getrenntlebens der Eheleute die eheliche Wohnung [...] zur alleinigen Benützung samt Möbeln und Inventar zuzuweisen. Dem Gesuchsgegner sei zu verbieten, nach Ablauf der Gewaltschutzmassnahmen (9. Februar 2017) wieder in die eheliche Wohnung zurückzukehren.

Zudem stelle ich folgende *prozessuale Anträge*:

1. Der Antrag sei superprovisorisch, das heisst sofort und ohne Anhörung des Gesuchsgegners, anzuordnen.
2. Eventualiter sei dem Gesuchsgegner ein kurze, nicht erstreckbare Frist zur schriftlichen Stellungnahme zu den beantragten Massnahmen zu gewähren.
3. [Prozesskostenbeitrag Fr. 3'500.--; eventualiter unentgeltliche Rechtspflege; Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers]"

Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 9. Februar 2017:

1. Das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Eheschutzverfahrens wird abgewiesen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.
3. [Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Beiständin]
4. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

Berufungsanträge:

- "1. Es sei Ziffer 1 des Dispositivs des vorinstanzlichen Entscheids vom 9. Februar 2017 aufzuheben und es sei das Begehren um Erlass superprovisorischer (bzw. vorsorglicher) Massnahmen vom 7. Februar 2017 gutzuheissen.
2. Es sei der Berufung aufschiebende Wirkung zu erteilen."

Erwägungen:

1. a) Im seit 12. April 2016 beim Bezirksgericht Pfäffikon (Vorinstanz) rechtshängigen Eheschutzverfahren der Parteien (Vi-Urk. 1) stellte die Beklagte am 7. Februar 2017 das eingangs aufgeführte superprovisorische Massnahmebegehren (Vi-Urk. 74). Ohne prozessuale Weiterungen wies die Vorinstanz das Massnahmebegehren mit Verfügung vom 9. Februar 2017 ab (Vi-Urk. 80 = Urk. 2; Entscheid eingangs wiedergegeben).

b) Hiergegen hat die Beklagte am 20. Februar 2017 fristgerecht (Vi-Urk. 83/1) Berufung erhoben und mit dieser die eingangs aufgeführten Berufungsanträge gestellt (Urk. 1).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Mit Präsidialverfügung vom 24. Februar 2017 wurde das Gesuch der Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 7). Da sich im Übrigen die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auch im Berufungsverfahren auf prozessuale Weiterungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, es sei zunächst zu prüfen, ob die Beklagte einen Anspruch auf Zuteilung der ehelichen Wohnung für die Dauer des Eheschutzverfahrens habe. In diesem gelte die Obhut über die Kinder als übergeordnet relevantes Zuteilungskriterium. Im vorliegenden Verfahren sei insbesondere die Obhut über die Kinder strittig, weshalb für die Dauer des Eheschutzverfahrens – auf weitgehend übereinstimmende Anträge der Parteien – eine vorübergehende Betreuungsregelung, gemäss welcher die Kinder je hälftig von den Parteien betreut würden, angeordnet worden sei. Dabei könne das Kindeswohl am besten gewahrt werden, wenn der jeweilige betreuende Elternteil die Kinder in der ehelichen Wohnung betreue, währenddem der nicht betreuende Elternteil die Wohnung verlasse, da nur so eine Stabilität und Kontinuität des Umfelds für die Kinder erreicht werden könne. Daher könne der Auffassung der Beklagten, wonach der Kläger die Betreuung der Kinder ausserhalb der ehelichen Wohnung zu organisieren habe, aus Kindeswohlüberlegungen nicht gefolgt werden, sondern sei vielmehr auch von dieser zu verlangen, dass sie sich während

den Betreuungszeiten des Klägers aus der ehelichen Wohnung zurückziehe. Damit seien derzeit keine Gründe dafür ersichtlich, weshalb die Wohnung für die Beklagte von grösserem Nutzen sein sollte, weshalb es dieser bereits an einem Anspruch auf Zuteilung der ehelichen Wohnung mangle. Demgemäss seien weder vorsorgliche noch superprovisorische Massnahmen anzuordnen. Darüber hinaus könne vorliegend die Frage der Zuteilung der Wohnung nicht losgelöst von der Frage der Zuteilung der Obhut über die Kinder entschieden werden, ohne dass der Entscheid im – kurz vor der Spruchreife stehenden – Eheschutzverfahren vorweggenommen werde. Insofern sei insgesamt nicht einzusehen, weshalb die vorliegend beantragten Massnahmen als vorsorgliche bzw. superprovisorische Massnahmen anzuordnen wären (Urk. 2 S. 2-5).

b) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört, dass die Berufung sich im Einzelnen mit der Begründung des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen hat. Zwar herrscht im Berufungsverfahren nicht das Rügeprinzip (d.h. es werden nicht nur die geltend gemachten Rügen geprüft); die Berufungsinstanz muss den angefochtenen Entscheid jedoch nicht von sich aus auf weitere mögliche Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 311 N 36). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich die Berufung mit allen diesen Alternativbegründungen auseinandersetzen; das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung, auch hier muss sich die Berufung mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 ZPO).

c) Die Vorinstanz hat, wie dargelegt (oben Erw. 2.a), das Massnahmebegehren der Beklagten vorab mit Erwägungen zum Kindeswohl und dem daraus folgenden fehlenden Anspruch der Beklagten auf vorsorgliche Zuteilung der ehelichen Wohnung abgewiesen (Urk. 2 S. 2-5), darüber hinaus aber auch erwogen, dass eine vorsorgliche Zuteilung der ehelichen Wohnung auch deshalb nicht in

Frage komme, weil darüber nicht losgelöst von der Frage der Zuteilung der Obhut über die Kinder entschieden werden könne, ohne den Endentscheid im (kurz vor der Spruchreife stehenden) Eheschutzverfahren vorwegzunehmen (Urk. 2 S. 5). Mit dieser Alternativ- bzw. Eventualbegründung setzt sich die Beklagte in ihrer Berufung nicht auseinander. Sie bringt einzig vor, dass eine telefonische Nachfrage bei der Vorinstanz ergeben habe, dass noch zwei bis drei Monate vergehen würden, bis ein Entscheid ausgefertigt sei (Urk. 1 S. 11). Dies widerspricht der vorinstanzlichen Erwägung, wonach das Verfahren kurz vor der Spruchreife (nicht: der Entscheid kurz vor der Ausfertigung) stehe (Urk. 2 S. 5), nicht und stellt erst recht keine Beanstandung der – ohne weiteres korrekten – vorinstanzlichen Erwägung der Abhängigkeit der Wohnungs- von der Obhutzuteilung dar.

d) Die Berufung wäre aber auch hinsichtlich der ersten, einen Anspruch der Beklagten auf vorsorgliche Wohnungszuteilung verneinenden Begründung der Vorinstanz unbegründet gewesen.

d1) Soweit die Beklagte in ihrer Berufungsschrift lediglich ihre Sicht der Ereignisse darlegt, ohne einen konkreten Bezug zu den vorinstanzlichen Erwägungen herzustellen (Urk. 1 S. 3-6), genügt sie den Begründungsanforderungen für eine Berufung nicht und ist darauf nicht weiter einzugehen.

d2) Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie halte aktenwidrig fest, dass der Kläger ausgeführt habe, er sei auf die Kinderbetreuung in der ehelichen Wohnung angewiesen (Urk. 1 S. 7).

Wie die Beklagte selber einräumt (Urk. 1 S. 7), hatte der Kläger an der von der Vorinstanz angegebenen Aktenstelle ausgeführt, dass eine Kinderbetreuung in der Wohnung des Freundes, in welcher er bis zum Eheschutzentscheid übernachtete, nur schwer möglich sei, weshalb er auf den Zugang zur ehelichen Wohnung angewiesen sei (Urk. 76 S. 13). Die Vorinstanz hat dies korrekt wiedergegeben; eine Aktenwidrigkeit liegt nicht vor. Ohnehin aber begründet die Vorinstanz ihren Entscheid mit dem Kindeswohl und nicht mit den diesbezüglichen Vorbringen des Klägers (vgl. oben Erw. 2.a), weshalb allfällige, von der Beklagten behauptete Widersprüche in denselben (Urk. 1 S. 7 f.) so oder so irrelevant sind.

d3) Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie argumentiere aktenwidrig, wenn sie ausführe, dass der Kläger die eheliche Wohnung weder definitiv noch freiwillig verlassen habe; der Kläger habe diese am 14. September 2016 freiwillig verlassen, nach eigenen Angaben aus Selbstschutz und weil es ihm nicht länger zuzumuten gewesen sei (Urk. 1 S. 8 f.).

Die Beklagte verkennt, dass in keiner Weise von freiwilligem Verlassen der ehelichen Wohnung gesprochen werden kann, wenn – wie vorliegend – in einer Konfliktsituation einer der Ehepartner die eheliche Wohnung verlässt, um einer weiteren Eskalation entgegenzuwirken. Ohnehin aber begründet die Vorinstanz ihren Entscheid letztlich nicht mit dem unfreiwilligen Verlassen der ehelichen Wohnung durch den Kläger, sondern mit dem Kindeswohl (vgl. oben Erw. 2.a), weshalb auch hierauf nicht weiter eingegangen zu werden braucht.

d4) Die Beklagte macht in ihrer Berufung geltend, ihr stehe (anders als dem Kläger) keine andere Bleibe zur Verfügung; sie habe keine Freunde, bei denen sie während der Zeiten, in denen der Kläger die Kinder in der ehelichen Wohnung betreuen wolle, unterkommen könne und könne sich auch keine kleine Wohnung oder einen Hotelaufenthalt leisten. Die Vorinstanz verlange daher von ihr, entweder auf der Strasse oder in ihrem Auto zu übernachten (Urk. 1 S. 9 f.).

Für den vorinstanzlichen Entscheid massgeblich war korrekterweise das Kindeswohl. Dieses geht allfälligen Interessen der Parteien vor, weshalb sich beide Parteien entsprechend zu arrangieren haben.

d5) Die Beklagte macht in ihrer Berufung schliesslich geltend, die Vorinstanz widerspreche in den Erwägungen der angefochtenen Verfügung den Erwägungen der Verfügung vom 21. Dezember 2016; in letzterer Verfügung habe es die Vorinstanz nicht als destabilisierend angesehen, wenn die Kinderbetreuung durch den Kläger ausserhalb der ehelichen Wohnung stattfinde. Daher sei auch die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass einer Kinderbetreuung ausserhalb der ehelichen Wohnung aus Kindeswohlüberlegungen nicht gefolgt werden könne, willkürlich und falsch (Urk. 1 S. 10 f.).

Einmal mehr verkennt die Beklagte die tatsächlichen Gegebenheiten. Bei der vorinstanzlichen Verfügung vom 21. Dezember 2016 ging es darum, den Kontakt bzw. die Betreuung der Kinder durch den Kläger während der von der Beklagten erwirkten Fernhaltung des Klägers von der ehelichen Wohnung – von dieser GSG-Massnahme hatte die Vorinstanz auszugehen – zu regeln (vgl. Urk. 62); dagegen geht es bei der angefochtenen Verfügung vom 9. Februar 2017 darum, die Betreuung der Kinder nach Ablauf jener GSG-Massnahmen zu regeln.

e) Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung der Beklagten als von Anfang an unbegründet. Demgemäss ist die Berufung abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

3. a) Für das Berufungsverfahren ist von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'500.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Beklagten zufolge ihres Unterliegens, dem Kläger mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 9. Februar 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 3 und 4/1-16, sowie an die Beiständin C._____, kjz Effretikon, Märtplatz 15, 8307 Effretikon, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen sogleich 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 BGG und 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, 9. März 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
sf