

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY200029-O/U

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

Beschluss und Urteil vom 31. August 2020

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z. _____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 27. Mai 2020 (FE190087-G)

Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 27. Mai 2020:

1. Die Parteien werden verpflichtet, den gemeinsamen Sohn D._____, geb. tt.mm.2014, fristgerecht in die 1. Primarschule an der E._____ International School, ... [Adresse], anzumelden und nach den Sommerferien 2020 dort einzuschulen.
2. Die Parteien werden verpflichtet, sämtliche Schulkosten für die E._____ während der Dauer des Verfahrens, je zur Hälfte zu übernehmen und das Schulgeld direkt an die Schule zu bezahlen.
3. Die Parteien werden im Rahmen einer Kindesschutzmassnahme verpflichtet, die bei Frau F._____, Kreuzlingen, gestartete Mediation weiterzuführen und mindestens 15 Sitzungen zu absolvieren.
4. Im Übrigen werden sämtliche Begehren abgewiesen.
5. [Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid]
6. [Schriftliche Mitteilungen]
7. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

Berufungsanträge:

- "1. Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 27. Mai 2020 (FE190087) sei aufzuheben und die Parteien seien zu verpflichten, den gemeinsamen Sohn D._____, geboren tt.mm.2014, nach den Sommerferien 2020 in der öffentlichen Primarschule G._____ in H._____ einzuschulen.
2. Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 27. Mai 2020 (FE190087) sei ersatzlos aufzuheben;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. a) Die Parteien stehen seit dem 7. Juni 2019 vor dem Bezirksgericht Meilen (Vorinstanz) im Scheidungsverfahren (Vi-Urk. 1). Am 6. Februar 2020 ersuchte die Klägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen, mit dem Hauptbegehren, den Sohn der Parteien (geboren tt.mm.2014) in die öffentliche Schule an ihrem Wohnort einzuschulen (Vi-Urk. 51). In seiner Stellungnahme vom 6. März 2020 ersuchte der Beklagte seinerseits (u.a.) um Einschulung des Sohnes in der E._____ International School in Zürich-I._____, eventualiter um Einschulung des Sohnes in der öffentlichen Schule an seinem eigenen Wohnort (Vi-Urk. 64). Nach Durchführung von Schriftenwechseln ordnete die Vorinstanz mit Verfügung vom 27. Mai 2020 im Wesentlichen die Einschulung in der E._____ International School in Zürich an (nachträglich begründet, Vi-Urk. 108 = Urk. 2; Entscheiddispositiv eingangs wiedergegeben).

b) Gegen diese ihr am 22. Juni 2020 zugestellte (Vi-Urk. 110/3) Verfügung erhob die Klägerin am 2. Juli 2020 fristgerecht Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Berufungsanträge (Urk. 1 S. 2).

c) Das mit der Berufung gestellte Gesuch der Klägerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 1 S. 2) wurde mit Präsidialverfügung vom 3. Juli 2020 abgewiesen (Urk. 5). Den ihr mit gleicher Verfügung auferlegten Gerichtskostenvorschuss von Fr. 4'500.-- hat die Klägerin geleistet (Urk. 6).

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Mit Schreiben vom 20. Juli 2020 wurde die Klägerin angefragt, ob sie aufgrund der präjudiziellen Wirkung der Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung an der Berufung festhalten wolle (Urk. 8). Mit Eingabe vom 7. August 2020 teilte die Klägerin sinngemäss mit, das Berufungsverfahren fortsetzen zu wollen (Urk. 10). Am 26. August 2020 stellte die Klägerin ein Gesuch um Sistierung des Berufungsverfahrens (Urk. 14).

e) Da sich die Berufung im jetzigen Prozessstadium sogleich als unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Die Klägerin ersucht um Sistierung des Berufungsverfahrens zwecks Führung von Vergleichsgesprächen (Urk. 14). Das Berufungsverfahren ist jedoch spruchreif (oben Erw. 1.e), womit eine Sistierung nicht zweckmässig ist (Art. 126 Abs. 1 ZPO). Die angefochtene vorinstanzliche Verfügung vom 27. Mai 2020 (welche zu bestätigen ist; vgl. nachfolgende Erw. 3) präjudiziert sodann den definitiven Schulort des Sohnes nicht; Vergleichsgespräche darüber können damit auch nach Abschluss des vorliegenden Berufungsverfahrens geführt werden. Demgemäss ist das Sistierungsgesuch abzuweisen.

3. a) 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). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der vorinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll; die Berufung muss sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen. Das Berufungsverfahren ist nicht einfach eine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern es dient der Überprüfung des angefochtenen Entscheids im Lichte von konkret dagegen vorgebrachten Beanstandungen. Das Obergericht hat sodann die geltend gemachten Punkte frei und unbeschränkt zu überprüfen; es muss dagegen den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf weitere Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten würden klar zutage treten (vgl. zum Ganzen BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 142 III 413 E. 2.2.4; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 311 N 36).

b) Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, gemäss dem Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Horgen vom 24. Mai 2018 hätten die Parteien die gemeinsame elterliche Sorge und die gemeinsame Obhut über den Sohn. Damit hätten die Parteien den Entscheid über die Schulwahl gemeinsam zu treffen, hätten sich jedoch darüber bisher und auch an der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 26. Mai 2020 nicht einigen können. Ein Entscheid darüber sei nun drin-

gend. Aus den Akten sei glaubhaft, dass der Elternkonflikt bezüglich der Schulwahl hochstrittig geführt werde. Dieser Konflikt gefährde das Wohl des Sohnes, weshalb mittels einer Kindeschutzmassnahme die elterliche Sorge einzuschränken sei (Urk. 2 Erw. 5.1 bis 5.9). Auch bei der Schulwahl stehe das Wohl des Sohnes im Vordergrund; damit sei zu prüfen, ob es die Umstände rechtfertigen würden, den Sohn in die Privatschule, statt in die öffentliche Schule, einzuschulen, wie dies der Kindesvertreter und der Beklagte beantragt hätten. Die Wahl der Schule sei in einer vorsorglichen Massnahme zu fällen und dürfe den endgültigen Entscheid des Sachgerichts nicht vorwegnehmen. Auch zu berücksichtigen sei, dass der Eheschutzentscheid weiterhin gelte; bezüglich der gemeinsamen Obhut hätten die Parteien keine veränderten Verhältnisse oder eine Kindeswohlgefährdung geltend gemacht. Damit sei davon auszugehen, dass der Sohn (weiterhin) im Wechselmodell eine Woche am Wohnort des Beklagten und eine Woche an demjenigen der Klägerin wohne, was für die Wahl des Schulortes wesentlich sei (Urk. 2 Erw. 5.10 und 5.11). Im Einklang mit der Ansicht des Kindesvertreters sei festzuhalten, dass die Vorteile einer Einschulung in die E._____ Primarschule gegenüber der Einschulung in eine öffentliche Schule am Wohnort einer der Parteien überwiegen würden. Der Übertritt vom bisher vom Sohn besuchten E._____ Kindergarten in die E._____ Primarschule stelle für den Sohn eine wesentlich kleinere Umstellung dar als der Übertritt in eine der beiden öffentlichen Schulen, zumal er den Schulweg, die Schule und das Umfeld bereits bestens kenne. Demgegenüber würden bei Beibehaltung der gemeinsamen Obhut bei einer Einschulung in eine der öffentlichen Schulen grössere Umstellungen und Aufwände, auch für die Eltern, entstehen, nur schon indem jede zweite Woche lange Autofahrten nötig würden (Urk. 2 Erw. 5.12). Dazu würde eine Einschulung in einer öffentlichen Schule faktisch darauf hinauslaufen, dass eine alternierende Obhut nicht mehr möglich wäre. Dies sei nicht im Kindeswohl. Der Kindesvertreter habe betont, dass die Aufhebung der gemeinsamen und Zuteilung der alleinigen Obhut an einen Elternteil zu Lasten des Sohnes gehe und daher zu vermeiden sei. Die alleinige Zuteilung der Obhut an einen Elternteil im Massnahmeverfahren würde auch den Entscheid über die Obhut im Scheidungsverfahren vorwegnehmen, was zu unterbinden sei (Urk. 2 Erw. 5.13 und 5.14). Vorliegend sei es im Kindes-

wohl und daher entscheidend, dass bei einer Einschulung des Sohnes in die E._____ Primarschule die bisher gelebte, wochenweise alternierende Obhut beibehalten werden könne und sich am Betreuungskonzept nichts Wesentliches ändere. Dies trage zur Kontinuität und Stabilität bei und sei deshalb im Kindeswohl (Urk. 2 Erw. 5.15).

c) Die Klägerin macht in ihrer Berufung im Wesentlichen geltend, im Scheidungsverfahren würden sie und der Beklagte je die Zuteilung der alleinigen Obhut an sich beantragen. Der Kindesvertreter habe nun nach Erlass der angefochtenen Verfügung seine Anträge für das Scheidungsverfahren gestellt: Für den Fall, dass der Beklagte die vormals eheliche Liegenschaft zu Alleineigentum übernehmen könne, solle der Sohn Wohnsitz beim Beklagten haben und in die dortige öffentliche Schule eingeschult werden; für den Fall, dass der Beklagte die Liegenschaft nicht übernehmen könne, solle der Sohn Wohnsitz bei der Klägerin haben und in die dortige Schule eingeschult werden. Keine der Parteien wolle eine Einschulung in die E._____ Schule. Damit sei klar, dass bei einer Einschulung des Sohnes in die E._____ Schule bald wieder ein Schulwechsel stattfinden werde, nämlich in die öffentliche Schule am Wohnort entweder des Beklagten oder von ihr, was nicht im Kindeswohl sei; ein solcher Schulwechsel während laufender Schulzeit wiege schwerer als ein Wechsel bei einem Neueintritt. Das Problem des mit Sicherheit kommenden Wechsels in die öffentliche Schule werde einfach aufgeschoben. Für den Sohn werde damit noch längere Zeit unklar sein, wann der Schulwechsel komme; die Ungewissheit über den Ort der Schule und alle damit zusammenhängenden Umstände gelte es zu vermeiden (Urk. 1 S. 4-6). Daher könne der Entscheid nur auf eine der öffentlichen Schulen am Wohnort einer der Parteien lauten. Dabei komme die öffentliche Schule am Wohnort des Beklagten aufgrund der Anträge des Kindesvertreters nur dann in Frage, wenn der Beklagte die ehemals eheliche Liegenschaft übernehmen könne; und damit komme dem Kriterium der Übernahme der ehelichen Liegenschaft entscheidende Bedeutung zu. Der Beklagte werde jedoch bei einem von ihm geltend gemachten Einkommen von Fr. 2'900.-- bis Fr. 3'000.-- pro Monat die Hypothek von Fr. 2.72 Mio. und damit die Liegenschaft offensichtlich nicht übernehmen können (Urk. 1 S. 7 f.; auch Urk. 10). Da sämtliche Entscheidungsgrundlagen auch für einen Entscheid in der

Hauptsache vorliegen würden und in der Hauptsache mit Sicherheit ein anderer Entscheid als in der angefochtenen Verfügung getroffen werde, erweise sich die Einschulung in die von keinem der Beteiligten gewollten E._____ Schule als ungeeignet, unverhältnismässig und unangemessen. Aufgrund der klaren Umstände und der Anträge in der Hauptsache sei der Sohn in die öffentliche Schule am Wohnort der Klägerin einzuschulen (Urk. 1 S. 8-10).

d1) Die ganze Berufung der Klägerin gründet letztlich darauf, dass der Sohn deshalb nicht in die E._____ Schule eingeschult werden solle, weil dies in absehbarer Zeit einen Schulwechsel in die öffentliche Schule am Wohnort einer der Parteien zur Folge hätte, was zu vermeiden sei. Nun ist aber heute die Ausgangslage so, dass der Sohn aufgrund dessen, dass der Berufung die aufschiebende Wirkung nicht erteilt wurde (Urk. 5; oben Erw. 1.c), bereits in die E._____ Schule eingeschult werden musste (das neue Schuljahr hat am 17. August 2020 begonnen). Davon ausgehend, dass tatsächlich der Sohn längerfristig am Wohnort einer der Parteien eingeschult werden soll, wird dies zwangsläufig zu einem Schulwechsel führen. Und damit ist der Berufung, welche die Vermeidung eines Schulwechsels als Basis für die Nicht-Einschulung in die E._____ Schule hat, der Boden entzogen.

d2) Entgegen der Berufung liegen sodann auch keineswegs alle Entscheidgrundlagen für einen Entscheid zum Ort der Einschulung vor. Vorab haben die Parteien zur Eingabe des Kindesvertreters vom 15. Juni 2020 (Vi-Urk. 111) noch keine Stellung genommen, weshalb schon aus diesem Grund noch kein Entscheid ergehen könnte. Auch eine allfällige Übernahme der ehelichen Liegenschaft durch den Beklagten – von welcher nach Darstellung der Klägerin der Ort der Einschulung abhängt – ist noch offen; dass der Beklagte dazu nicht in der Lage sei, ist nicht gesichert (dass er einzig mit einem Monatseinkommen von Fr. 3'000.-- eine Hypothek von Fr. 2.72 Mio. nicht übernehmen können, liegt zwar auf der Hand; dass der Beklagte nicht allenfalls noch andere Finanzierungsquellen hat, ist aber nicht einmal behauptet).

d3) Schliesslich hat sich die Vorinstanz bei ihrem Entscheid über die Einschulung des Sohnes in die E._____ Schule, wie bereits in der Verfügung vom 3.

Juli 2020 dargelegt (Urk. 5 S. 3 f.), sehr wohl vom Kindeswohl leiten lassen. Die vorinstanzlichen Erwägungen, dass sich die Parteien trotz mehrerer Verhandlungen nicht auf eine Einschulung haben einigen können, dass ein Übertritt des Sohnes vom bisher von ihm besuchten E._____ Kindergarten in die E._____ Schule für diesen die geringste Umstellung darstellt und dass bei einer Einschulung in einer öffentlichen Schule am Wohnort einer der Parteien das bisher gelebte Betreuungsmodell (wochenweise alternierende Betreuung) nicht mehr fortgeführt werden könnte und damit diesfalls für den Sohn eine erhebliche Umstellung resultieren würde, werden in der Berufung nicht in Abrede gestellt. Die Klägerin bringt zwar vor, infolge dessen, dass der Beklagte die eheliche Liegenschaft nicht werde übernehmen können und bei ihm deshalb sowieso eine räumliche Veränderung anstehe, könne dieser entsprechend disponieren und so eine wöchentlich alternierende Betreuung auch bei einer Einschulung am Wohnort der Klägerin weitergeführt werden (Urk. 1 Rz. 31). Dabei lässt die Klägerin jedoch ausser Acht, dass die Nicht-Übernahme der ehelichen Liegenschaft durch den Beklagten einstweilen nicht als gesichert anzusehen ist; und selbst wenn dies dann einmal der Fall wäre, würde auch ein Verkauf derselben noch einige Zeit beanspruchen. Daher könnte bei einer sofortigen Einschulung des Sohnes am Wohnort der Klägerin die bisherige Betreuungsregelung zumindest während einiger Zeit nicht fortgeführt werden. Die entsprechende Erwägung der Vorinstanz ist zutreffend.

d4) Angesichts der heute bereits erfolgten Einschulung in der E._____ Schule macht die Klägerin in ihrer Eingabe vom 7. August 2020 geltend, der Sohn sei nach den Herbstferien 2020 in der öffentlichen Schule an ihrem Wohnort einzuschulen (Urk. 10 S. 2). Dies ist aus den gleichen Gründen – insbesondere Unmöglichkeit der Fortführung des bisher gelebten Betreuungsmodells (vorstehend Erw. 3.d3) – abzulehnen.

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

4. a) Das Berufungsverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist in Anwendung von

§ 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 2'500.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Mit Bezug auf Kinderbelange werden die Gerichtskosten dann hälftig auf die Parteien verlegt, wenn sie unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe für ihre Position hatten. Der vorliegenden Berufung hatte jedoch von Anfang an keine Aussicht auf Erfolg (vgl. oben Erw. 3.d)

c) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Die Klägerin ist unterlegen; dem Beklagten und dem Kindesvertreter ist kein relevanter Aufwand entstanden (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Sistierung des Berufungsverfahrens wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachstehendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 27. Mai 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.

4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten und den Kindesvertreter je unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 3, 4/2-4, 8, 10, 11, 12/1-2 und 14, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen 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 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, 31. August 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
sn