

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY220041-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer sowie
Gerichtsschreiber MLaw M. Wild

Urteil vom 25. August 2022

in Sachen

A._____,

Beklagter, Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Klägerin, Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin mag. iur. et lic. oec. publ. Y._____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Ver-
fahren am Bezirksgericht Meilen vom 4. August 2022 (FE210087-G)**

**Rechtsbegehren zum Gesuch um superprovisorische
respektive vorsorgliche Massnahmen:**

des Beklagten, Gesuchstellers und Berufungsklägers (Urk. 6/87 S. 2):

" in Abänderung von Disp. Ziff. 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31.05.2022 sei die Liegenschaft der Parteien an der C. _____-strasse 1 in D. _____ dem Gesuchsteller zur alleinigen Benützung teilweise mit E. _____ zuzuweisen und die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die Liegenschaft unter Mitnahme ihrer persönlichen Gegenstände binnen 3 Monaten nach Rechtskraft des Entscheids zu verlassen; eventualiter sei in Abänderung von Disp. Ziff. 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31.05.2022 die Liegenschaft an der C. _____-strasse 1 in D. _____ weiterhin beiden Parteien zur Benützung mit E. _____ zuzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Superprovisorischer Verfahrens Antrag: der Gesuchsteller sei mit Bezug auf Disp. Ziff. 2 Abs. 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31.05.2022 bis zum rechtskräftigen Entscheid über das vorliegende Abänderungsgesuch von der Verpflichtung zu entbinden, die eheliche Liegenschaft unter Mitnahme seiner persönlichen Effekten bis spätestens Ende Juli 2022 zu verlassen."

**Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Meilen vom 4. August 2022:**

(Urk. 6/90 S. 10 f. = Urk. 2 S. 10 f.)

1. Der superprovisorische Verfahrens Antrag des Gesuchstellers vom 28. Juli 2022 wird abgewiesen.
2. Der Antrag des Gesuchstellers vom 28. Juli 2022 auf Abänderung von Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 2022 wird abgewiesen.
3. Das Gesuch des Gesuchstellers vom 28. Juli 2022 samt Beilagen sowie die Eingabe des Gesuchstellers vom 29. Juli 2022 werden der Gesuchsgegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt.
4. [Mitteilungssatz]
5. [Rechtsmittel: Berufung; Frist: 10 Tage]

Berufungsanträge:

des Beklagten, Gesuchstellers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

" es sei Disp. Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung des BG Meilen vom 04.08.2022 aufzuheben und in Abänderung von Disp. Ziff. 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31.05.2022 die Liegenschaft der Parteien an der C.____-strasse 1 in D.____ dem Gesuchsteller zur alleinigen Benützung teilweise mit E.____ zuzuweisen und die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, die Liegenschaft unter Mitnahme ihrer persönlichen Gegenstände binnen 3 Monaten nach Rechtskraft des Entscheids zu verlassen;
eventualiter sei Disp. Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung des BG Meilen vom 04.08.2022 aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind die verheirateten Eltern von E.____, geboren am tt. Juli 2004. Sie stehen seit dem 21. Mai 2021 vor dem Bezirksgericht Meilen (Vorinstanz) in einem Scheidungsverfahren nach Art. 115 ZGB. Dem Scheidungsverfahren ging ein Eheschutzverfahren voraus. Mit Urteil und Verfügung vom 10. Februar 2021 regelte das Eheschutzgericht unter anderem die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft der Parteien an der C.____-strasse 1 in D.____, wobei es diese der Klägerin, Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) zur alleinigen Benützung mit E.____ zuwies (Urk. 6/94/118-A; Urk. 6/94/124 [begründete Fassung]). Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte, Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Beklagter) Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Am 31. Mai 2022 erging der Beschluss und das Urteil der hiesigen Kammer, welche die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft an die Klägerin bestätigte (Urk. 6/94/136). Auf die dagegen erhobene Beschwerde des Beklagten trat das Bundesgericht mit Urteil vom 22. Juli 2022 nicht ein (Urk. 6/94/140).

2. Mit Eingabe vom 28. Juli 2022 stellte der Beklagte im Scheidungsverfahren vor Vorinstanz das eingangs aufgeführte Massnahmebegehren (Urk. 6/87). Ohne

Einholen einer Stellungnahme der Gegenseite wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 4. August 2022 sowohl das superprovisorische als auch das vorsorgliche Massnahmebegehren ab (Urk. 6/90 = Urk. 2).

3. Mit Eingabe vom 15. August 2022 erhob der Beklagte Berufung gegen die vorgenannte Verfügung mit den oben aufgeführten Anträgen (Urk. 1). Zugleich stelle er folgenden Verfahrensantrag (Urk. 1 S. 2):

" es sei im Sinne einer superprovisorischen und alsdann provisorischen (vorsorglichen) Massnahme der Berufungskläger bis zum rechtskräftigen Entscheid im vorliegenden Berufungsverfahren von der Verpflichtung zu entbinden, die eheliche Liegenschaft unter Mitnahme seiner persönlichen Effekten zu verlassen."

4. Die massgeblichen vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/59-95). Da sich die Berufung – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – sogleich als unbegründet erweist, erübrigt sich das Einholen einer Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO) sowie eine Auseinandersetzung mit dem prozessualen Begehren des Beklagten.

II.

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben

werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1).

III.

1. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, der Beklagte habe keine Veränderung der Verhältnisse glaubhaft machen können, welche eine Aufhebung oder Änderung der Dispositiv-Ziffer 2 des obergerichtlichen Entscheids vom 31. Mai 2022 (Zuteilung der ehelichen Wohnung an die Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens) nach sich ziehen würde (Urk. 2 S. 10). Betreffend das vom Beklagten eingereichte Schreiben von E._____ vom 3. Juli 2022, in welchem dieser festhält, dass er hinsichtlich der Nutzungsfrage der ehelichen Liegenschaft neutral sei, vermöge der Beklagte nicht, eine Änderung der Umstände glaubhaft zu machen. E._____ habe lediglich bestätigt, was er bereits anlässlich der Kinderanhörung im Eheschutzverfahren vom 4. Januar 2021 ausgesagt hatte, nämlich dass er unabhängig von der Zuteilung der ehelichen Liegenschaft darin wohnen wolle und den nicht darin wohnenden Elternteil regelmässig besuchen werde (Urk. 2 S. 8). Auch betreffend den Umstand, dass E._____ nunmehr volljährig sei, könne der Beklagte nichts zu seinen Gunsten ableiten, sei dies doch bereits im Entscheid des Obergerichts vom 31. Mai 2022 berücksichtigt worden (Urk. 2 S. 8 f.). Hinsichtlich des Arguments des Beklagten, aufgrund der verschlechterten schulischen Leistungen von E._____ sei es für diesen und dessen schulische Entwicklung vorteilhaft, wenn er in der ehelichen Liegenschaft bleiben würde, handle es sich zwar um ein Novum, doch habe der Beklagte nicht glaubhaft machen können, inwiefern er für die Unterstützung von E._____ zwingend in der ehelichen Liegenschaft verbleiben müsse (Urk. 2 S. 9). Sodann sei auf die weiteren vom Beklagten vorgebrachten Zuteilungskriterien (Elektrostaten / Mieteinsparungen und Einsparungen des Arbeitswegs / Hobbies / Affektionsinteresse / Zumutbarkeit eines Auszugs) nicht weiter einzugehen, da der Beklagte damit bloss die von ihm bereits im Eheschutzverfahren vorgebrachten Gründe wiederhole, ohne dabei veränderte Umstände geltend zu machen (Urk. 2 S. 9).

2. Der Beklagte macht in seiner Berufungsschrift zunächst geltend, es lägen veränderte Verhältnisse vor, da E. _____ im Vergleich zum Eheschutzverfahren eben keine Präferenz mehr habe, sondern neutral sei. Die Vorinstanz habe in ihrer Entscheidung auf ihren eigenen Eheschutzentscheid vom 10. Februar 2021 verwiesen und sich nicht mit den Erwägungen in der Berufungsentscheidung vom 31. Mai 2022 auseinandergesetzt. E. _____ habe nicht bestätigt, was er an der Kinderanhörung vom 4. Januar 2021 ausgesagt habe. Die Vorinstanz habe willkürlich und aktenwidrig die schriftliche Erklärung von E. _____ vom 3. Juli 2022 nicht als Novum anerkannt. Dessen Erklärung sei in zweifacher Hinsicht neu, nämlich dass er sich einerseits aktiv um eine Richtigstellung seiner Einschätzung bemüht und eine Erklärung aufgesetzt habe und dass er andererseits in der Erklärung festhalte, dass er in keiner Weise eine Präferenz zu Gunsten der Klägerin habe, wenn es um die Nutzung der ehelichen Liegenschaft gehe (Urk. 1 S. 3 f. und 7 f.). In Bezug auf den geltend gemachten Abänderungsgrund der schulischen Unterstützung für E. _____ rügt der Beklagte, dass die Vorinstanz übergegangen habe, dass er durch den Verbleib in der ehelichen Wohnung mehr Zeit für E. _____ und dessen Unterstützung hätte. Im Zusammenhang mit der Erklärung vom 3. Juli 2022 sei abzuleiten, dass die Anwesenheit des Beklagten in der ehelichen Liegenschaft dem Wohl von E. _____ entspreche. Das Wohl von E. _____ als primäres Zuteilungskriterium gebe in der aktuellen Situation den Ausschlag für die Zuteilung der Liegenschaft an den Beklagten. In all den Jahren sei der Beklagte die motivierende Kraft für E. _____ gewesen (Urk. 1 S. 9 f.).

3. Massnahmen, die das Eheschutzgericht erlässt, bleiben in Kraft, solange das Scheidungsgericht sie nicht abändert (vgl. Art. 276 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB). Für die Abänderung ist dabei eine nicht voraussehbare, wesentliche und dauernde Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse seit der Anordnung der Massnahme erforderlich. Eine Abänderung ist ferner angebracht, wenn die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zu Grunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben oder wenn sich der Entscheid nachträglich im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmegericht die Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutz- bzw. des Präliminarentscheids einer Abänderung ent-

gegen. Eine Abänderung ist ferner ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (BGE 141 III 376 E. 3.3.1 m.w.H).

4.1 Mit Verweis auf die obgenannten Gesetzesbestimmungen und Rechtsprechung erweisen sich die Rügen des Beklagten als unbegründet. So stellen weder die Erklärung von E._____ vom 3. Juli 2022 noch dessen schulische Entwicklung wesentliche und dauernde Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse dar, welche die Abänderung des Eheschutzentscheids des Obergerichts Zürich vom 31. Mai 2022 rechtfertigen würden.

4.2 Das Schreiben von E._____ vom 3. Juli 2022 ist als Novum zu werten, jedoch kann der Beklagte daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. So stellt sich der inzwischen volljährige E._____ darin der Nutzungszuteilung der ehelichen Liegenschaft neutral gegenüber, da er aufgrund seines volljährigen Alters selber entscheide, mit welchem Elternteil und wo er Zeit verbringen möchte (Urk. 6/88/5 = Urk. 4/3). E._____ spricht sich damit ausdrücklich nicht für eine Zuteilung der Liegenschaft an den Beklagten aus, weshalb bereits fraglich ist, ob überhaupt eine veränderte Situation im Vergleich zum Eheschutzverfahren vorliegt. So wurde im obergerichtlichen Eheschutzentscheid vom 31. Mai 2022 festgehalten, dass es E._____ insbesondere darum gehe, in der ehelichen Liegenschaft bleiben zu können, dass er, wenn er sich für einen Elternteil entscheiden müsste, lieber mit seiner Mutter wohnen würde, da diese mehr anwesend sei und er mehr Zeit mit ihr verbringe, während der Vater immer sehr beschäftigt sei und eine Freundin habe, mit der er, E._____, nicht zusammenleben wolle (vgl. Urk. 6/94/136 S. 26 f.). An diesen Feststellungen ändert das Schreiben von E._____ nichts, was vom Beklagten denn auch nicht behauptet wird. Es macht nicht den Anschein, dass E._____ mit diesem Schreiben zum Ziel hatte, den Eheschutzentscheid vom 31. Mai 2022 abzuändern. In diesem Fall hätte er sich nämlich für eine Zuteilung der Liegenschaft an den Beklagten ausgesprochen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass E._____ sich mit diesem Schreiben vom sich seit Jahren andauernden Konflikt seiner Eltern zu distanzieren erhoffte. Sodann wurde das Schreiben vom 3. Juli 2022 nur rund einen Monat nach Erlass des obergerichtlichen Eheschutz-

zentscheids vom 31. Mai 2022 und noch während des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens verfasst und stellt eine Momentaufnahme dar. Auch eine dauerhafte Veränderung der massgeblichen Verhältnisse liesse sich damit folglich nicht glaubhaft belegen, wenn man denn das besagte Schreiben als Ausdruck einer geänderten Präferenz von E._____ interpretieren würde.

4.3 Hinsichtlich der schulischen Entwicklung von E._____ kann der Beklagte auch in seiner Berufungsschrift nicht darlegen, inwiefern dies ein zu berücksichtigender erheblicher und wesentlicher Abänderungsgrund darstellen soll. So war die schulische Unterstützung von E._____ im obergerichtlichen Eheschutzverfahren weder im Zusammenhang mit der Zuteilung der Obhut, der Betreuungsregelung noch bei der Zuteilung der Wohnung ein Thema (vgl. Urk. 6/136 S. 7 ff., 10 f. und 11 ff.). Zu begrüssen ist, dass der Beklagte E._____ helfen möchte, die Matur zu bestehen. Allerdings ist es dem Beklagten ohne Weiteres zuzumuten, sofern E._____ dies zulässt, diesen an seinem zukünftigen Wohnort zu unterstützen. Wie E._____ in seinem Schreiben vom 3. Juli 2022 selber festhielt, wird er in Zukunft entscheiden, mit welchem Elternteil und bei wem Zuhause er mehr Zeit verbringen möchte. Es ist deshalb davon auszugehen, dass er auch selber entscheiden wird, ob und von welchem Elternteil er Unterstützung für das Bestehen der Matur annehmen möchte.

5. Zusammenfassend vermögen die Rügen des Beklagten, den vorinstanzlichen Entscheid in Bezug auf das Nichtvorliegen eines Abänderungsgrundes im Sinne von Art. 276 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB nicht umzustossen. Der Vorinstanz kann weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts vorgeworfen werden. Mangels Abänderungsgrundes ist auf die übrigen Ausführungen des Beklagten zu den Zuteilungskriterien nicht weiter einzugehen, da der Beklagte damit bloss die bereits mehrfach vorgebrachten Gründe wiederholt, ohne dabei veränderte Umstände geltend zu machen (vgl. Urk. 1 S. 10 ff.). Die Berufungsanträge sind abzuweisen und die angefochtene Verfügung ist zu bestätigen. Mit diesem Entscheid in der Sache wird der gestellte Verfahrens Antrag gegenstandslos.

IV.

1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5, § 6, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beklagten zufolge seines Unterliegens, der Klägerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht, vom 4. August 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 3 und 4/2-3, 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, 25. August 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw M. Wild

versandt am:
st