

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC120047-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

## Urteil vom 11. Oktober 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung (superprovisorische Massnahmen/Rechtsverweigerung)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 1. Oktober 2012; Proz. FE110210**

### Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 19. Oktober 2011 machte die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) am Bezirksgericht Dietikon eine Scheidungsklage im Sinne von Art. 114 ZGB anhängig (act. 4/1). Am 9. Mai 2012 fand die erfolglos gebliebene Einigungsverhandlung statt (Prot. VI S. 6). Daraufhin reichte die Beschwerdeführerin am 20. Juli 2012 ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein (act. 4/31). Der Schriftenwechsel wurde mit Eingabe des Beschwerdegegners am 4. September 2012 abgeschlossen (act. 4/37). In der Folge lud der Einzelrichter die Parteien auf den 23. November 2012 zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vor (act. 4/43). Zwischenzeitlich stellte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 28. September 2012 ein Gesuch um Erlass superprovisorsicher Massnahmen und beantragte was folgt (act. 3/2 = 4/45):

- "1. Es sei vorzumerken, dass die Klägerin die tatsächliche Obhut für die zwei gemeinsamen Söhne C.\_\_\_\_\_, geb. tt. mm. 2000, sowie D.\_\_\_\_\_, geb. tt. mm. 2003 ausübt.  
Eventualiter sei der Klägerin vorläufig und bis zur Fällung eines abweichenden Entscheides die elterliche Obhut für die zwei Kinder zuzuteilen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für sich und die beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ ab 1. Juli 2012 vorläufig und bis zur Fällung eines abweichenden Entscheides CHF 10'450.– pro Monat zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus.  
Die Beträge sind zusätzlich zu den Hypothekarzinsen für die Liegenschaft in E.\_\_\_\_\_, dem Salär der Haushälterin/Kinderfrau und der Schulkosten von C.\_\_\_\_\_ zu bezahlen, wobei 90 % eines allfälligen eigenen Netto-Einkommens der Klägerin in Abzug gebracht werden.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten des Beklagten."

2. Der Einzelrichter wies das Gesuch mit Verfügung vom 1. Oktober 2012 ab (act. 3/1 = act. 4/47). Er erwog, es sei nicht behauptet, geschweige denn glaubhaft gemacht worden, weshalb es besonders dringlich sei, vorzumerken, dass die faktische Obhut über die Kinder zur Zeit bei der Klägerin sei. Dasselbe gelte auch für die formelle Zuteilung der elterlichen Obhut. Zudem dränge sich eine entspre-

chende Massnahme auch nicht von Amtes wegen her auf. Hinsichtlich der beantragten Unterhaltsbeiträge sei festzuhalten, dass die superprovisorische Zusprechung solcher Zahlungen ungeeignet sei, kurzfristige Engpässe zu überbrücken (für welche die Sozialhilfe zuständig wäre), da im Streitfalle Zahlungen erst durchzusetzen wären, wenn die bereits angesetzte Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen durchgeführt resp. eine Regelung durch das Gericht getroffen worden sei (act. 3/1).

3. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 5. Oktober 2012 (Datum Poststempel) Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2):

"1. In Aufhebung der Verfügung des Einzelgerichts o.V. am Bezirksgericht Dietikon vom 1. Oktober 2012 (Geschäfts-Nr. FE110210) sei die Vorinstanz anzuweisen, *sofort* inhaltlich über das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen vom 28. September 2012 zu entscheiden.

2. Eventualiter:

a) Es sei vorzumerken, dass die Klägerin die tatsächliche Obhut für die zwei gemeinsamen Söhne C.\_\_\_\_\_, geb. tt. mm. 2000, sowie D.\_\_\_\_\_, geb. tt. mm. 2003 ausübt.

Eventualiter sei der Klägerin vorläufig und bis zur Fällung eines abweichenden Entscheides die elterliche Obhut für die zwei Kinder zuzuteilen.

b) Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für sich und die beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ ab 1. Juli 2012 vorläufig und bis zur Fällung eines abweichenden Entscheides CHF 10'450.– pro Monat zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus.

Die Beträge sind zusätzlich zu den Hypothekarzinsen für die Liegenschaft in E.\_\_\_\_\_, dem Salär der Haushälterin/Kinderfrau und der Schulkosten von C.\_\_\_\_\_ zu bezahlen, wobei 90 % eines allfälligen eigenen Netto-Einkommens der Klägerin in Abzug gebracht werden.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu lasten des Beschwerdegegners."

4.1 Nach der Praxis des Bundesgerichts ist gegen Entscheide über so genannte superprovisorische Massnahmen kein Rechtsmittel zulässig, und zwar ausdrücklich auch dann, wenn die Massnahme verweigert wurde (BGE 137 III 417). Unter Hinweis auf den genannten Bundesgerichtsentscheid opponiert die Beschwerde-

führerin denn auch nicht gegen diese bundesgerichtliche Auffassung. Sie macht vielmehr geltend, es liege eine formelle Rechtsverweigerung vor, was unter der Geltung der eidgenössischen Zivilprozessordnung mit dem Rechtsmittel der Beschwerde im Sinne von Art. 319 lit. c ZPO anfechtbar sei. Die Vorinstanz verweigere ihr – der Beschwerdeführerin – den vorläufigen Rechtsschutz von vornherein, ohne überhaupt inhaltlich auf das Begehren eingegangen zu sein. Sie – die Vorinstanz – verweise auf die Ende November 2012 durchzuführende Verhandlung zu den vorsorglichen Massnahmen. Der Anspruch auf Prüfung und Erlass superprovisorischer Massnahmen nach Art. 265 ZPO werde dadurch völlig sinn- und zweckwidrig auf einen späteren Zeitpunkt verschoben und faktisch gänzlich verweigert.

4.2 Gemäss Art. 319 lit. c ZPO sind Fälle von Rechtsverzögerung, worunter auch die formelle Rechtsverweigerung fällt, mit Beschwerde anfechtbar (Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 321 N 10 f.). Formelle Rechtsverweigerung liegt vor, wenn eine Behörde es unterlässt, einen in ihren Geschäftskreis fallenden Entscheid zu fällen. Eine materielle Rechtsverweigerung ist gegeben, wenn eine Behörde wohl einen Entscheid fällt, dieser jedoch willkürlich und mit vernünftigen Gründen schlechterdings nicht zu vertreten ist. In der materiellen Form ist die Rechtsverweigerung von Art. 319 lit. c ZPO nicht erfasst (ebenda).

4.3 Nach Art. 265 ZPO kann das Gericht bei besonderer Dringlichkeit sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei superprovisorische Massnahmen erlassen. Die besondere Dringlichkeit umfasst neben sachlichen, immer auch zeitliche Momente. Der Gesuchsteller muss glaubhaft machen, dass eine Verletzung des behaupteten Anspruchs unmittelbar bevorsteht und eine im Rahmen des ordentlichen Massnahmeverfahrens erlassene Massnahme zu spät käme (vgl. dazu ZK ZPO-Huber, Art. 265 N 7 m.w.H.).

Der Vorderrichter prüfte in seiner Verfügung vom 1. Oktober 2012 zunächst das Kriterium der besonderen Dringlichkeit. Hinsichtlich der Anträge zur elterlichen Obhut kam er zum Schluss, die besondere Dringlichkeit sei weder behauptet noch glaubhaft gemacht worden (act. 5 S. 2). Indem der Vorderrichter vorab die besondere Dringlichkeit einer Massnahme verneint hatte, entfiel in der Folge die Prü-

fung der materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin. Eine formelle Rechtsverweigerung kann daraus nicht abgeleitet werden. Im Übrigen hält die Beschwerdeführerin im Rechtsmittelverfahren im Eventualstandpunkt zwar nach wie vor an ihren Anträgen zur elterlichen Obhut fest (vgl. act. 2 S. 2). In der Beschwerdeschrift macht sie indes keinerlei Ausführungen, inwiefern eine besondere Dringlichkeit für die Zuteilung der elterlichen Obhut vorgelegen haben soll bzw. nach wie vor gegeben sein soll. Folglich wäre auf die Beschwerde in diesem Punkt mangels rechtsgenügender Begründung ohnehin nicht einzutreten.

Zu den beantragten Unterhaltsbeiträgen erwog der Vorderrichter, auch eine superprovisorische Zusprechung solcher Zahlungen sei in zeitlicher Hinsicht nicht geeignet, um sofort zu liquiden Mitteln zu gelangen. Damit verneinte er die Dringlichkeit einer Massnahme nicht ausdrücklich, sondern er bezeichnete eine solche als untaugliches Mittel. Dadurch entfiel auch hier seine Pflicht, einen allfälligen Anspruch der Beschwerdeführerin materiell zu prüfen. Eine formelle Rechtsverweigerung liegt nicht vor. Der Vollständigkeit halber bleibt anzufügen, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift nicht ausführt, aus welchen Gründen sie – entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen – gestützt auf eine superprovisorische Verpflichtung zu Unterhaltszahlungen sofort zu Geld käme. Sie setzte sich mit den Argumenten des Vorderrichters nicht auseinander. Selbst wenn sie entsprechendes vorgebracht hätte, ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass eine superprovisorisch angeordnete Zahlungspflicht bei einem Liquiditätsengpass nicht zielführend sein kann. Wäre doch bei einer Zahlungsverweigerung des Unterhaltsverpflichteten zunächst ein Betreibungs- bzw. Vollstreckungsverfahren einzuleiten, was wiederum einige Zeit in Anspruch nehmen würde. Von sofort eingehenden Zahlungen bis zum Erlass (ordentlicher) vorsorglicher Massnahmen kann demnach nicht die Rede sein.

Im Übrigen drängt sich in Anbetracht der anstehenden Verhandlung zu den vorsorglichen Massnahmen auch von Amtes wegen bezüglich der Kinderbelange keine Anordnung von superprovisorsichen Massnahmen auf.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

5. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels entstandener Umtriebe ist dem Beschwerdegegner keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Weibel

versandt am: