

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE160014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 18. November 2016

in Sachen

A. _____,

Kläger, Widerbeklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (superprovisorische Massnahmen)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 31. Oktober 2016 (EE160159-C)

Erwägungen:

1.1 Am 27. Oktober 2016 reichte der Kläger, Widerbeklagte und Beschwerdeführer (fortan Kläger) bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren ein und beantragte gleichzeitig die Anordnung vorsorglicher Massnahmen, welche zunächst superprovisorisch zu verfügen seien (Urk. 6/1 S. 2). Am 28. Oktober 2016 reichte auch die Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren ein, welches als Widerklage entgegengenommen wurde (Urk. 6/7; Urk. 6/9). Am 31. Oktober 2016 verfügte die Vorinstanz Folgendes (Urk. 6/10 S. 3 = Urk. 2 S. 2):

1. Das Begehren um Anordnung einer superprovisorischen Massnahme wird abgewiesen.
2. Die Parteien werden separat zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen sowie zur Hauptverhandlung vorgeladen.
3. (Schriftliche Mitteilung).

Sodann wurden die Parteien mit Verfügungen vom 2. November 2016 auf den 30. November 2016 zur Hauptverhandlung sowie zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgeladen (Urk. 6/13/1-2).

1.2 Gegen die Verfügung vom 31. Oktober 2016 erhob der Kläger – vorab per Fax – mit Schreiben vom 8. November 2016 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 9. November 2016) innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1A+B S. 2):

- "1. Die Beschwerde sei gutzuheissen und die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach vom 31. Oktober 2016 (Geschäfts-Nr. EE160159-C) aufzuheben und folgendes festzulegen:
 - 1.1 Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, dem Beschwerdeführer unverzüglich den Wohnungsschlüssel zur ehelichen Wohnung an der C.____-Strasse ... in D.____, zwecks uneingeschränkter Nutzung derselben, auszuhändigen. Diese Massnahme sei vorab superprovisorisch anzuordnen.
 - 1.2 Für die Vornahme der Verpflichtung gemäss vorstehender Ziffer 1.2 sei der Beschwerdegegnerin eine Frist von nicht länger als drei Tagen anzusetzen und für je-

den Tag der Nichterfüllung eine Ordnungsbusse von nicht unter Fr. 200.– aufzuerlegen.

- 1.3 Für den Fall, dass die Beschwerdegegnerin der Verpflichtung gemäss Ziffer 2 nicht innert 10 Tagen nachkommt, sei der Beschwerdeführer ausserdem für befugt zu erklären, das Türschloss ersatzvornahmeweise durch eine Fachperson auswechseln zu lassen.
2. Eventualiter sei das Ganze im Sinne der Erwägungen des Obergerichts und der obenstehenden begründeten Anträge zurückzuweisen zur erneuten Entscheidung durch das Einzelgericht am Bezirksgericht Bülach.
3. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'650.– zzgl. 8% MWST zu entrichten.
4. Dem Beschwerdeführer sei für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung sowie, soweit der Prozesskostenvorschuss nicht greift, in der Person des Unterzeichneten Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

2.1 Der Kläger ist der Ansicht, dass der angefochtenen Verfügung eine Rechtsmittelbelehrung fehle, indes der vorsorgliche Massnahmeentscheid im Sinne von Art. 319 lit. a ZPO mit Beschwerde anzufechten sei. Dies gelte vorliegend auch für die superprovisorische Anordnung der Massnahme, weil durch explizite Verarbeitung und Berücksichtigung des Eheschutzbegehrens der Gegenpartei und der darin zum Wohnungszugang des Beschwerdeführers gemachten unbelegten Vorbringen vorschrifts- und konzeptwidrig eine Anhörung erfolgt sei und damit statt eines Entscheides nach Art. 265 Abs. 1 ZPO effektiv ein Massnahmeentscheid im Sinne von Art. 261 f. ZPO erfolgt sei (Urk. 1A+B S. 3 und S. 5 f.).

2.2 Der Kläger irrt in verschiedener Hinsicht. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass entgegen der Ansicht des Klägers gegen einen vorsorglichen Massnahmeentscheid betreffend Zuteilung der ehelichen Wohnung bzw. Aushändigen des Wohnungsschlüssels zur Nutzung der ehelichen Wohnung nicht die Beschwerde, sondern die Berufung zulässig wäre, da es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt. So sind nicht vermögensrechtliche Zivilsachen e contrario zu Art. 308 Abs. 2 ZPO immer berufungsfähig (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO,

2. A., Art. 308 N 29). Damit wäre keine Beschwerde gegeben, selbst wenn von einem vorsorglichen Massnahmeentscheid ausgegangen würde. Vorliegend aber erübrigt sich eine Konversion der Beschwerde in eine Berufung aus nachgenannten Gründen.

2.3 Die Ansicht des Klägers, wonach die Vorinstanz entgegen der klaren Formulierung in ihrer Verfügung vom 31. Oktober 2016 einen vorsorglichen Massnahmeentscheid erlassen statt bloss die superprovisorische Anordnung einer solchen verweigert habe, ist falsch. So ist ein Verzicht auf die Anhörung der Gegenpartei bei der superprovisorischen Anordnung von Massnahmen nur dann zulässig, wenn besondere Dringlichkeit im Sinne von Art. 265 ZPO besteht. Der Gehörsanspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV gebietet die vorgängige Äusserungsmöglichkeit der Gegenpartei; ein Absehen davon stellt einen erheblichen Grundrechtseingriff dar und muss daher die Ausnahme sein. Grundrechtseingriffe sollen nur erfolgen, wenn sie erforderlich sind. Dies bedeutet, dass das Absehen von der Äusserungsmöglichkeit nur zulässig ist, wenn kein milderes Mittel zur Verfügung steht. Daraus geht hervor, dass auch in Fällen erheblicher zeitlicher Dringlichkeit womöglich Alternativen zum herkömmlichen Einholen einer Vernehmlassung zu prüfen sind. So soll nicht superprovisorisch verfügt werden, wenn z.B. das Einholen einer Vernehmlassung mittels sehr kurzen, nicht verlängerbaren Fristen möglich ist. Sodann kann der Gehörsanspruch zumindest teilweise gewährt werden, wenn im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung eine Schutzschrift bereits vorliegt (BK ZPO-Güngerich, 2. A, Art. 265 N 3 f.; Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, 2. A, Art. 265 N 18). Damit aber kann der Vorinstanz nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie die bereits bei den Akten liegende Eingabe der Beklagten in ihrem Entscheid über das Gesuch um superprovisorische Anordnung von Massnahmen mitberücksichtigt hat. Vielmehr ist es nach dem Gesagten durchaus geboten, die bereits vorhandenen Eingaben der Parteien für den Entscheid zu berücksichtigen. Es ist denn auch nicht einsichtig, aus welchen Gründen die Eingabe der Beklagten nicht hätte berücksichtigt werden dürfen, wenn auch eine Schutzschrift zu berücksichtigen ist. Damit rechtfertigt das Vorgehen der Vorinstanz nicht, den angefochtenen Entscheid als Massnahmeentscheid zu qualifizieren. Insbesondere rechtfertigt es sich nicht, gegen die Verweigerung eines Superprovisoriums ent-

gegen der in Art. 265 ZPO vorgeschriebenen Zweistufigkeit des Verfahrens sowie der klaren bundesgerichtlichen Praxis (BGE 137 III 417 E. 1.3 f.), wonach gegen den Entscheid über einen Dringlichkeitsantrag kein Rechtsmittel gegeben ist, ein solches nun ausnahmsweise doch zuzulassen. So untersteht nämlich die Verfügung über superprovisorische Massnahmen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung keinem Rechtsmittel (BGE 137 III 417 E. 1.3 f. mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Es ist zunächst der Entscheid über die vorsorgliche Massnahme im kontradiktorischen Verfahren abzuwarten, erst dann kann ein Rechtsmittel erhoben werden. Eine Beschwerde im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ist nicht gegeben, fehlt es doch einerseits am erforderlichen Rechtsschutzinteresse (vgl. hierzu BGE 137 III 417 E. 1.4) sowie andererseits an einem nicht leicht wiederzumachenden Nachteil, da mit dem noch folgenden Entscheid über die vorsorgliche Massnahme die Sache ohnehin neu beurteilt wird. Verweigert also das Gericht die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme und ordnet es – wie vorliegend geschehen – das kontradiktorische Verfahren an, so steht dagegen kein Rechtsmittel zur Verfügung (BK ZPO-Güngerich, Art. 265 N 17 f.). Damit kann zum einen nicht beanstandet werden, dass die angefochtene Verfügung keine Rechtsmittelbelehrung enthält. Zum anderen wäre nach dem Gesagten auf die Beschwerde des Klägers, wäre diese gegen die Abweisung der superprovisorischen Massnahme und Anordnung des kontradiktorischen Verfahrens gerichtet, ebenso wenig einzutreten.

2.4 Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.

4.1 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2.1 Der Kläger hat für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 1A+B S. 2).

4.2.2 Da über den Antrag um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses erst mit dem vorliegenden Endentscheid entschieden wird, ist er als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages im Endentscheid entgegenzunehmen. Der Vollständigkeit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass nach der Praxis der erkennenden Kammer im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geldzahlungen angeordnet werden können (*OGer ZH LE110069 vom 08.02.2012, E. 2.4.2, S. 6; OGer ZH LE130035 vom 24.05.2013, E. 5, S. 8-9*). Damit war die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses während des Beschwerdeverfahrens ohnehin nicht möglich.

4.2.3 Bei der Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Sowohl die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages als auch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege setzen daher die Bedürftigkeit der ansprechenden Partei sowie die fehlende Aussichtslosigkeit voraus (Maier, Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, FamPra 2014 S. 635 ff., S. 637).

4.2.4 Nach dem Gesagten ist das Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages zufolge Aussichtslosigkeit abzuweisen. Damit aber bleibt auch kein Raum für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

4.3 Der Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage je eines Doppels von Urk. 1B, Urk. 4, Urk. 5/3B und Urk. 5/4B, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 18. November 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc