

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV160005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Schneeberger

Beschluss und Urteil vom 10. August 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Vollstreckung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 18. Februar 2016 (EZ150007-D)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien schlossen im Eheschutzverfahren am Bezirksgericht Dielsdorf, Einzelgericht im summarischen Verfahren, am 7. September 2015 einen Vergleich über die Folgen ihres Getrenntlebens. Der gleichentags mit Urteil vorgezeichnete Vergleich enthält folgende Ziffer 6 (Urk. 7/3/2 Dispositiv-Ziffer 2.6.):

"6. Die Parteien verpflichten sich, das zusammen erworbene Rustico im Tessin bis zum Verkauf nicht mehr zu benutzen.

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, den Verkauf des Rusticos unverzüglich in Auftrag zu geben, der Gesuchstellerin eine Kopie des Auftrages zuzustellen und diese ab erstem Angebot in die Verkaufsverhandlungen miteinzubeziehen. Der Erlös des Rusticos ist auf ein separates Konto mit Unterschrift zu zweien bei der ZKB einzubehalten.

Der Gesuchstellerin ist bis zum Zeitpunkt des Verkaufs Gelegenheit zu geben, ihre persönlichen Gegenstände abzuholen. Beide Parteien verpflichten sich, gemeinsam einen Abholungstermin zu vereinbaren."

2. Mit Eingabe vom 17. Dezember 2015 machte die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan: Gesuchstellerin) vor Vorinstanz folgendes Vollstreckungsbegehren anhängig (Urk. 7/1 S. 2):

"1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 7. September 2015 zu vollstrecken.

2. Der Gesuchsgegner sei anzuweisen, unter Androhung einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 5'000.– und unter Androhung von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall, die Benutzung des zusammen erworbenen Rusticos im Tessin bis zum Verkauf nicht mehr zu benutzen.

3. (...)"

Nach durchgeführtem Schriftenwechsel, wies die Vorinstanz mit Urteil vom 18. Februar 2016 das Vollstreckungsbegehren der Gesuchstellerin ab (Urk. 7/16):

"1. Das Vollstreckungsgesuch der Gesuchstellerin wird abgewiesen.

2. Das Begehren der Gesuchstellerin um Leistung eines Prozesskostenbeitrages wird abgewiesen.

3. Die Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 4. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Das Rückforderungsrecht des Staates gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
 5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
 6. Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ wird nach Eintritt der Rechtskraft zufolge voraussichtlicher Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung gemäss Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils aus der Gerichtskasse mit Fr. 1'200.– entschädigt. Im Umfang der Zahlung geht ihr Anspruch auf Parteientschädigung auf den Kanton über.
 7. (Mitteilung)
 8. (Beschwerde)"
3. Gegen diesen Entscheid erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 24. März 2016 fristgerecht Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es seien die Ziffern 1, 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 18. Februar 2016 aufzuheben.
2. Dementsprechend sei das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 7. September 2015 zu vollstrecken.
3. Der Beschwerdegegner sei anzuweisen, unter Androhung einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 5'000.– und unter Androhung von Art. 292 StGB im Wiederhandlungsfall, die Benutzung des zusammen erworbenen Rusticos im Tessin bis zum Verkauf nicht mehr zu benutzen.
4. Eventualiter sei die Angelegenheit zur neuen Beweisabnahme oder neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen des Obergerichts an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Unter o/e-Kostenfolge."

Zudem stellte die Gesuchstellerin den Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 22. April 2016 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um dem Gericht ihre Wohnadresse bekannt zu geben (Urk. 8). Mit Eingabe vom 13. Mai 2016 kam die Gesuchstellerin dieser Aufforderung nach und ersuchte darum, ihre Wohnadresse sei geheim zu halten (Urk. 9 bis 11/1-4). Mit Verfügung vom 23. Mai 2016 wurde der Antrag der Gesuchstellerin um Geheimhaltung ihrer Wohnadresse einstweilen gutgeheissen (Urk. 12 Dispositiv-Ziffer 1).

Dem Gesuchsgegner und Beschwerdegegner (fortan: Gesuchsgegner) wurde Frist angesetzt, um zum Antrag der Gesuchstellerin auf Geheimhaltung ihrer Wohnadresse Stellung zu nehmen (Urk. 12 Dispositiv-Ziffer 2) und um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 12 Dispositiv-Ziffer 3). Die Stellungnahme und Beschwerdeantwort des Gesuchsgegners datiert vom 6. Juni 2016 (Urk. 13 f.). Er schliesst darin auf Abweisung der Beschwerde, hat gegen die Geheimhaltung der Wohnadresse der Gesuchstellerin nichts einzuwenden und stellt ebenfalls ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 13 S. 2). Mit Verfügung vom 7. Juni 2016 wurde die Beschwerdeantwort und Stellungnahme des Gesuchsgegners der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 15). Mit Eingabe vom 15. Juni 2016 erstattete die Gesuchstellerin in Ausübung ihres Replikrechts eine weitere Eingabe (Urk. 16 und 17/1+2). Diese wurde der Gegenpartei am 20. Juni 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 18).

II.

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15), d.h. die beschwerdeführende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind in der Beschwerde ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

III.

1. Die Gesuchstellerin begründete ihr Vollstreckungsgesuch vor Vorinstanz damit, dass im Eheschutzurteil entschieden worden sei, dass das gemeinsame Rustico in C._____, Tessin, bis zum Verkauf von den Parteien nicht mehr benutzt werden dürfe. Nun sei ihr aber von verschiedenen Einwohnern von C._____ mitgeteilt worden, dass sie den Gesuchsgegner am Wochenende vom 14. auf den

15. November 2015 mit seiner Freundin im Rustico gesehen hätten und er dort mit ihr übernachtet habe. Damit habe er gegen das Eheschutzurteil verstossen und entsprechend seien Vollstreckungsmassnahmen gemäss Art. 343 ZPO anzuordnen (Urk. 7/1).

Der Gesuchsgegner liess nicht bestreiten, dass er am Wochenende vom 14. auf den 15. November 2015 mit D._____ im Rustico war. Er liess jedoch insbesondere ausführen, dass D._____ nicht seine Freundin, sondern eine Nachbarin und Kaufinteressentin sei. Er habe ihr das Rustico aufgrund ihres Kaufinteresses zeigen wollen. Sie habe dann das Rustico auf seine Beheizbarkeit hin prüfen wollen und da der Ofen habe abkühlen müssen, habe man sich entschlossen, dort zu übernachten (Urk. 7/11 S. 3).

2. Die Vorinstanz wies das Vollstreckungsbegehren der Gesuchstellerin mit folgender Begründung ab: Es sei von keiner Partei behauptet worden, dass bei Abschluss der Eheschutzvereinbarung ein übereinstimmender tatsächlicher Wille, was unter "Benutzung" des Rusticos zu verstehen sei, vorgelegen habe. Damit sei die Vereinbarung in diesem Punkt nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen. Es dürfe dabei – auch aufgrund der finanziellen Belastung, welche das Rustico für die Parteien dargestellt habe – angenommen werden, dass es Sinn und Zweck der Regelung gewesen sei, das Rustico schnellstmöglich zu verkaufen. Obwohl ein Makler mit dem Verkauf beauftragt worden sei, sei anzunehmen, dass die Parteien auch die Chance, die Liegenschaft an Interessenten aus ihrem Familien-, Freundes- oder Bekanntenkreis zu verkaufen, wahrnehmen würden und zu diesem Zweck eine Besichtigung anbieten würden. So könnten sie sich denn auch die Maklerprovision sparen. Zudem entspreche es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass bei einer Immobilie immerhin ein Mindestmass an Unterhalt gewährleistet sein müsse. Dieser Umstand könnte unter anderem dazu führen, dass dem Rustico vor dessen Verkauf ein Kontrollbesuch abgestattet werden müsse. Im Lichte dieser Ausführungen sei unter der "Benutzung" des Rusticos die Verwendung desselben im bisherigen Rahmen – namentlich der Aufenthalt zu Erholungszwecken an verlängerten Wochenenden oder bei Urlauben sowie zum Empfang von Familie, Freunden und Bekannten – zu verstehen. Dass eine Partei

sich im Rahmen eigener Verkaufsbemühungen im Rustico aufhalte, falle demzufolge nicht unter den Begriff der "Benutzung"; vielmehr handle es sich bei einem derartigen Aufenthalt um eine neue Art der Verwendung. Dass die Parteien gewollt hätten, dass das Rustico unter keinerlei Umständen mehr betreten werden dürfe, sei aufgrund des übereinstimmenden Interesses an einem schnellstmöglichen Verkauf hingegen nicht anzunehmen (Urk. 2 S. 7). Die Auslegung der Vereinbarung ergebe, dass dem Gesuchsgegner ein Betreten des Rusticos im Rahmen der Verkaufsbemühungen nicht untersagt sei; eine entsprechende Ergänzung im vorliegenden Vollstreckungsverfahren würde die beschränkte Kompetenz des Vollstreckungsgerichts zur Konkretisierung der Unterlassungspflicht sprengen (Urk. 2 S. 8). Entsprechend den vom Gesuchsgegner glaubhaft dargelegten Verkaufsbemühungen könne festgehalten werden, dass diese grundsätzlich nicht den Anschein erwecken liessen, er beachtliche, das gemeinsame Rustico weiterhin für sich zu benutzen, statt es zu verkaufen. Die Gesuchstellerin substantiiere ihre Behauptung, es handle sich bei D._____ um die Freundin des Gesuchsgegners und er habe mit ihr das Wochenende im Rustico verbracht, nicht weiter, insbesondere behaupte sie keine äusseren Umstände, welche darauf schliessen liessen, dass es sich bei D._____ tatsächlich um die Freundin des Gesuchsgegners und nicht etwa um eine Kaufinteressentin gehandelt habe. Eine Zeugeneinvernahme der Nachbarn könne entsprechend unterbleiben (Urk. 2 S. 12). Der Gesuchstellerin sei der Beweis nicht gelungen, dass der Gesuchsgegner gegen die ihm obliegende Pflicht, das gemeinsame Rustico nicht mehr zu benutzen, verstossen habe. In Ermangelung einer drohenden Gefahr der Widerhandlung gegen die Unterlassungspflicht sei dem Vollstreckungsbegehren nicht stattzugeben (Urk.12 S. 14).

3. Die Gesuchstellerin bestreitet im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung der Eheschutzvereinbarung.

3.1. Die Gesuchstellerin rügt, Grundlage der Auslegung des Vergleichs sei dessen Wortlaut, wobei er jedoch nicht deren Grenze bilde, da auch bei einem eindeutigen Auslegungsergebnis zu prüfen sei, ob der ermittelte Wortsinn nicht durch

andere Indizien in Frage gestellt oder ausgeschlossen werde. Der Wortlaut sei eindeutig. Die Vorinstanz nehme eine unzulässige Erweiterung des Vertragsinhaltes vor. Das Benutzungsverbot gemäss Eheschutzvereinbarung sei abstrakt gehalten und damit allgemein anwendbar. Um sicherzustellen, dass die Bestimmung eingehalten werde, sei zwischen den Parteien vereinbart worden, einen Makler mit dem Verkauf zu beauftragen. Der Vertrag sei daher dahingehend auszulegen, dass beide Ehegatten das Haus nicht mehr hätten betreten sollen, was als Ausdruck gegenseitigen Misstrauens zu werten sei. Der Zweck der Eheschutzvereinbarung sei demnach nicht der schnelle Verkauf des Rusticos gewesen, sondern die Sicherstellung, dass kein Ehegatte mehr aus dem Rustico habe einen Genuss ziehen können. Auch wenn ein in grossen Abständen vorgenommener Kontrollbesuch zum Zweck der Reinigung und das Betreten in Notfällen und zu Reparaturen zulässig wäre, so könne eine Übernachtung zum Zwecke des Verkaufs kaum durch die Vereinbarung mitgemeint sein (Urk. 1 S. 5 f.). Gegen die Auffassung der Vorinstanz spreche auch, dass der Beschwerdegegner die Schlösser des Rusticos ausgetauscht habe (Urk. 1 S. 7).

3.2. Der Gesuchsgegner macht insbesondere geltend, die Gesuchstellerin sei in ihrem Vollstreckungsgesuch davon ausgegangen, dass er das Rustico mit seiner Freundin benutzt habe. Diese Begründung zeige deutlich, dass auch die Gesuchstellerin davon ausgegangen sei, dass sich die "Benutzung" des Rusticos auf eine Verwendung im bisherigen Rahmen (Erholung etc.) erstreckt habe. Erst als der Gesuchsgegner klargestellt gehabt habe, dass es sich um eine Kaufinteressentin und nicht um seine Freundin gehandelt habe, wolle die Gesuchstellerin nun in der Beschwerde unter der "Benutzung" ein "Betreten" verstehen. Hätten die Parteien ein Betretungsverbot gewollt, wäre dies so formuliert worden bzw. es wäre der Gesuchstellerin freigestanden, diesen Wortlaut in die Eheschutzvereinbarung aufzunehmen. Nach dem Vertrauensprinzip könne aber unter "Benutzen" kein "Betreten" verstanden werden (Urk. 13 S. 3). Die neue Begründung des Gesuches sei nicht zulässig. Beim Maklervertrag handle es sich nicht um einen Exklusivvertrag, das heisst es falle keine Maklerprovision an, falls die Parteien selber einen Käufer finden würden (Urk. 13 S. 4). Die Schlösser seien nicht ausgewechselt worden (Urk. 13 S. 4).

4. Das Vollstreckungsgericht prüft die Vollstreckbarkeit von Amtes wegen (Art. 341 Abs. 1 ZPO). Nach Art. 336 Abs. 1 ZPO ist ein Entscheid vollstreckbar, wenn er rechtskräftig ist und das Gericht die Vollstreckung nicht aufgeschoben hat (lit. a) oder der Entscheid noch nicht rechtskräftig ist, jedoch die vorzeitige Vollstreckung bewilligt worden ist (lit. b). Unter den Begriff des Entscheids im Sinne dieser Norm fallen auch Entscheidsurrogate, wie etwa der gerichtliche Vergleich (BGer 4A_269/2012 vom 7. Dezember 2012, E. 3.1. mit Verweis auf BSK ZPO-Droese, 1. Aufl. 2010, Art. 335 N 19).

Zur formellen Vollstreckbarkeit im Sinne von Art. 336 ZPO tritt als weitere Vollstreckbarkeitsvoraussetzung die tatsächliche Möglichkeit hinzu, die im Entscheid oder Entscheidsurrogat festgestellte Leistungspflicht zu vollstrecken. Hierzu ist namentlich erforderlich, dass der formell vollstreckbare Entscheid die durchzusetzende Pflicht in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht so klar bestimmt, dass das Vollstreckungsgericht diesbezüglich keine eigene Erkenntnistätigkeit entfalten muss (BSK ZPO-Droese, Art. 336 N 16; BGer 4A_269/2012 vom 7. Dezember 2012, E. 3.2). Der Auslegung des Vollstreckungstitels sind enge Grenzen gesetzt (BK ZPO-Kellerhals, Art. 341 N 37 mit Hinweisen; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 28 N 42). Sie ist insbesondere abzugrenzen von der Konkretisierung und Präzisierung. Sowohl die Konkretisierung als auch die Präzisierung sind nicht vom Vollstreckungsrichter vorzunehmen, sondern vom Sachrichter. Ist eine Frage überhaupt nicht bedacht worden, kann beim Sachrichter eine Ergänzung oder Abänderung des Vollstreckungstitels verlangt werden. Dem Adressaten eines Vollstreckungstitels dürfen die ihm im Erkenntnisverfahren in einem viel weiteren Umfang zustehenden Parteirechte nicht durch "Auslegung" eines unvollständigen oder unklaren Vollstreckungstitels im Vollstreckungsverfahren verkürzt werden (KassGer ZH AA090113 vom 14. April 2011, E. III/1b unter Hinweis auf ZR 90 Nr. 15, E. 3.2.1; BGer 5A_479/2008 und 5A_297/2009 vom 11. August 2009, E. 5.3).

Bei der beschränkt zulässigen Auslegung, welche der Vollstreckungsrichter vornehmen darf, kann er sich nur auf das Dispositiv und die Erwägungen des zu vollstreckenden Entscheids stützen. Nicht zulässig ist es jedoch, dabei auf allfällige

Ausführungen der Parteien im Rahmen des Verfahrens, welches zum zu vollstreckenden Entscheid führte, oder auf das Verhalten der Parteien nach Erlass des zu vollstreckenden Entscheids abzustellen (ZR 90 Nr. 15, E. 3.2.2.).

4.1. Ziffer 6 der Eheschutzvereinbarung bzw. Ziffer 2.6. des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 7. September 2015 ist formell rechtskräftig und damit im Sinne von Art. 336 ZPO formell vollstreckbar. Eine Vollstreckbarbescheinigung wurde ausgestellt (vgl. Urk. 7/3/2 S. 6). Dies wird im Beschwerdeverfahren denn auch von keiner Seite bestritten.

4.2. Es stellt sich weiter die Frage, ob die Gesuchstellerin ihr Vollstreckungsbegehren auf einen klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Vollstreckungstitel abstützen vermag.

4.2.1. Zur Prüfung dieser Frage kann vorliegend nur auf den Vergleichstext (vgl. ZR 90 Nr. 15, E. 3.2.2.) abgestellt werden, da dessen Hintergründe aufgrund der Vertraulichkeit der Vergleichsgespräche nicht bekannt sind und der Eheschutzentscheid des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 7. September 2015 keine Erwägungen hierzu enthält (Urk. 7/3/2). Der zu beurteilende Vergleichstext lautet:

"Die Parteien verpflichten sich, das zusammen erworbene Rustico im Tessin bis zum Verkauf nicht mehr zu benutzen."

Auslegungsbedürftig ist der Begriff "benutzen", wobei die Auslegung desselben letztlich Hauptstreitpunkt vor Vorinstanz wie auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren darstellt. Die verschiedenen Interpretationen der Parteien und der Vorinstanz liegen weit auseinander, wobei die Gesuchstellerin von einem absoluten Betretungs- und Benutzungsverbot ausgeht, der Gesuchsgegner hingegen nur eine Benutzung zu Genuss- und Erholungszwecken als unzulässig erachtet, nicht jedoch das Betreten mit allfälligen Kaufinteressenten, zur Instandhaltung oder bei Notfällen.

4.2.2. Der Vergleichsvertrag ist auszulegen, wobei nach Art. 18 Abs. 1 OR zunächst massgebend ist, was die Parteien tatsächlich gewollt haben. Kann das Gericht einen wirklichen Willen nicht feststellen, so sind zur Ermittlung des mutmass-

lichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien im Rahmen der objektivierten Vertragsauslegung aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach dem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGer 4A_298/2014 vom 4. Dezember 2014, E. 3.4 unter Hinweis auf BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Wenn Fragen nicht ausdrücklich geregelt sind, die in engem Zusammenhang mit den vergleichsweise beigelegten Meinungsverschiedenheiten stehen und deren Beantwortung sich zur Beilegung des Streites aufdrängt, darf in der Regel davon ausgegangen werden, dass sie von den Parteien mangels eines ausdrücklichen Vorbehaltes nicht vom Vergleich ausgenommen werden sollten. Nach dem mutmasslichen Willen der Parteien rechtfertigt sich daher in der Regel die Annahme, dass solche Fragen sinngemäss im Vergleich beantwortet sind (BGer 4A_288/2014 vom 6. August 2014, E. 2.2).

4.2.3. "Benutzen" bedeutet, eine Sache (zu einem bestimmten Zweck) zu gebrauchen bzw. zu verwenden (www.duden.de). Die Parteien definierten in ihrem Vergleich nicht, zu welchem Zweck sie das Rustico nicht mehr benutzen wollten. Dies kann nur bedeuten, dass sie sich verpflichteten, das Rustico überhaupt nicht mehr zu benutzen. Ausnahmen des Benutzungsverbotes statuierten sie in ihrem Vergleich nicht, weshalb dem vorstehend Ausgeführten entsprechend davon ausgegangen werden kann, dass von einem vollumfänglichen Benutzungsverbot keine Ausnahmen gemacht werden sollten. Wenn der Gesuchsgegner das Rustico beheizt und anschliessend mit D._____ im Rustico übernachtet, dann nutzt er dieses seinem Zweck entsprechend – auch wenn man zu seinen Gunsten davon ausgeht, dies sei tatsächlich zu Verkaufszwecken erfolgt (s. dazu E. 4.3 unten). Wobei dieser Zweck theoretisch bei jeder neuen Benutzung mit einer Begleitperson vorgeschoben werden könnte. Demgegenüber vereinbarten die Parteien kein Betretungsverbot, weshalb der Zutritt zur Liegenschaft und der kurzfristige Verbleib darin erlaubt sein muss.

Die Berücksichtigung des systematischen Auslegungselements ergibt kein anderes Ergebnis. Dass sich die Parteien verpflichteten, den Verkauf des Rusticos unverzüglich in Auftrag zu geben und gemeinsam einen Abholungstermin für die

persönlichen Gegenstände der Gesuchstellerin zu vereinbaren, weist ebenfalls darauf hin, dass die Parteien sicherstellen wollten, dass das Rustico auch unter diesen Titeln bzw. bei diesen Gelegenheiten (Verkauf, Abholen von Gegenständen) nicht mehr benutzt werden sollte. In die gleiche Richtung geht die Abmachung, die Gesuchstellerin ab erstem Angebot in die Verkaufsverhandlungen mit-einzubeziehen. Damit ist die Eheschutzvereinbarung betreffend Rustico dahingehend zu verstehen, dass sich die Parteien verpflichteten, das Rustico überhaupt nicht mehr zu benutzen.

Aufgrund der im beschränkten Rahmen zulässigen Auslegung des Begriffs "benutzen" im Sinne der vorstehenden Erwägungen, ergibt sich, dass jede Art der Benutzung des Rusticos durch die Parteien zu unterlassen ist. Der Vollstreckungstitel ist genügend bestimmt und die Voraussetzungen für eine Vollstreckung sind damit auch in materieller Hinsicht erfüllt.

4.2.4. Die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung der zu vollstreckenden Ziffer 6 der Eheschutzvereinbarung geht über das im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens Zulässige hinaus. Indem sie die Bedeutung des Worts "benutzen" auf eine Verwendung zu Genuss- und Erholungszwecken beschränkte, nahm sie eine Konkretisierung der zu vollstreckenden Regelung vor, welche sich aus dem Wortlaut und der Systematik der Vereinbarung nicht ergibt und stützte sich dabei auf Umstände und Argumente ab, welche sich weder aus dem Entscheid noch aus den Akten des Vollstreckungsverfahrens ergeben. Eine derartige Konkretisierung bzw. Präzisierung, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, obliegt jedoch nicht dem Vollstreckungsrichter, sondern wäre dem Sachrichter vorbehalten.

4.3. Offen ist schliesslich die Frage, ob für die Vollstreckung eines Unterlassungsanspruchs ein besonderes Rechtsschutzinteresse verlangt wird, mithin eine Verletzung der Unterlassungsverpflichtung unmittelbar drohen oder bereits erfolgt sein muss. Im Unterschied zur Vollstreckung von positiven Leistungspflichten, bei welchen die Vollstreckung in der Regel davon abhängt, ob der rechtskräftig festgestellte Anspruch seit dem Urteilsspruch erfüllt wurde, ist hinsichtlich der Vollstreckung von Unterlassungsverpflichtungen davon auszugehen, dass die dro-

hende Verletzung schon im Rahmen der Unterlassungsklage geprüft wurde, weshalb für die Vollstreckung kein erneutes besonderes Interesse mehr vorliegen muss. Zweifelhaft ist jedoch, ob dies auch in den Fällen gilt, bei welchen in einem Vergleich eine Unterlassungspflicht festgehalten wurde (vgl. Kölz, Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungspflichten im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 2007, S. 149 f., Fussnote 813).

Letztlich kann diese Frage insofern offenbleiben, als der Gesuchsgegner unter Berücksichtigung der vorstehenden Auslegung in jedem Fall bereits gegen die Pflicht, eine Benutzung des Rusticos zu unterlassen, verstossen hat. Es besteht somit die Gefahr, dass er sich weiterhin über seine Unterlassungspflichten hinwegsetzen wird, womit die Vollstreckung der Unterlassungsverpflichtung in jedem Fall zulässig ist.

4.4. In Bezug auf die Vorbringen der Gesuchstellerin betreffend Zeugenbefragung ist der Ergänzung halber Folgendes festzuhalten: Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Die Gesuchstellerin rügt vorliegend nicht, die Nachbarn hätten bestimmte Verhaltensweisen zwischen dem Gesuchsgegner und D._____ beim Aussteigen aus dem Fahrzeug oder bei der Besichtigung der Umgebung oder gar des Hauses beobachtet, die auf einen Besuch zu einem romantischen Zweck hätten schliessen lassen. Um Beweis abzunehmen, bedarf es bestimmter, substantiierter Behauptungen – nicht umgekehrt. Ein Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen (BGer 4A_504/2015 vom 28. Januar 2016, E. 2.4). Im Übrigen steht gemäss vorstehenden Erwägungen ohnehin fest, dass die zu vollstreckende Leistungspflicht genügend bestimmt ist und der Gesuchsgegner dagegen - unabhängig von der Rolle, welche D._____ dabei spielte - verstossen hat. Es waren demgemäss keine Zeugen einzuvernehmen.

4.5. Zusammenfassend ist die Beschwerde der Gesuchstellerin gutzuheissen und Ziffer 2.6. des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 7. September 2015 zu vollstrecken.

5. Die Gesuchstellerin verlangt, der Gesuchsgegner sei anzuweisen, unter Androhung einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 5'000.– und unter Androhung von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall, die Benutzung des zusammen erworbenen Rusticos im Tessin bis zum Verkauf nicht mehr zu benutzen (Urk. 1 S. 2).

5.1. Die effektive Vollstreckung wird durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingeschränkt. Namentlich der indirekte Zwang (Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB; Ordnungsbusse) soll in einem vernünftigen Verhältnis zum Erfüllungsinteresse des Gläubigers stehen (ZK ZPO-Staehelin, Art. 343 N 11 mit Hinweisen). Das Gesetz verzichtet auf eine Stufenfolge, die Auswahl der zu treffenden Massnahme bleibt dem Vollstreckungsgericht überlassen, welches dabei nicht an den Antrag der gesuchstellenden Partei gebunden ist. Es ist die zur Durchsetzung wirksamste Anordnung zu wählen, wobei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ist (ZK ZPO-Staehelin, Art. 343 N 14 mit Hinweisen). Kaum sinnvoll, sondern eher zur Verwirrung Anlass gebend und gemäss einiger Lehrmeinungen gar unzulässig ist die Verbindung der Strafandrohung nach Art. 292 StGB mit dem Androhen einer Ordnungsbusse nach Art. 343 Abs. 1 lit. b oder c ZPO (vgl. Jenny, DIKE-Komm-ZPO, Art. 343 N 6). Aus der poenalen Natur der Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB als Vollstreckungsmittel ergibt sich zudem, dass diese Zwangsmassnahme sehr einschneidende Folgen haben kann. Die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit ist deshalb von besonderer Bedeutung (BK ZPO-Kellerhals, Art. 343 N 10 f. mit Hinweisen). Der Richter ist frei, (vorläufig) auf die Zwangsmassnahme zu verzichten, weil er ein anderes Vollstreckungsmittel für angemessener hält (BK ZPO-Kellerhals, Art. 343 N 19). Im Gegensatz zur Busse, die der Strafrichter gestützt auf Art. 292 StGB nach erfolgter Androhung ausspricht (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), haben die Ordnungsbussen nach Art. 343 Abs. 1 lit. b und c ZPO keinen poenalen Charakter (BK ZPO-Kellerhals, Art. 343 N 41; ZK ZPO-Staehelin, Art. 343 N 20; a.M. BSK ZPO-Zinsli, Art. 343 N 19).

5.2. In jedem Fall nicht verhältnismässig ist die kombinierte Anordnung einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB und einer Ordnungsbusse im Sinne von

Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, wie dies die Gesuchstellerin beantragt. Entsprechend ist lediglich eine der beiden Zwangsmassnahmen anzuordnen.

Mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip erweisen sich sowohl die Anordnung einer Ungehorsamstrafe nach Art. 292 StGB wie auch einer Ordnungsbusse im Sinne von Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO als geeignet, den Gesuchsgegner davon abzuhalten, das Rustico in Zukunft zu benutzen. Hinsichtlich der Eingriffsintensität der beiden Zwangsmassnahmen sind folgende Überlegungen zu berücksichtigen: Die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB ist Busse, wobei der Höchstbetrag der Busse Fr. 10'000.– beträgt (Art. 106 Abs. 1 StGB) und für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten ausgesprochen werden kann (Art. 106 Abs. 2 StGB). Busse und Ersatzfreiheitsstrafe sind, je nach den Verhältnissen des Täters, so zu bemessen, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB). Zudem handelt es sich bei Art. 292 StGB um ein Officialdelikt, welches von Amtes wegen zu verfolgen ist. Die Ordnungsbusse im Sinne von Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO ist auf einen Maximalbetrag von Fr. 5'000.– beschränkt und im Rahmen eines zweiten Vollstreckungsverfahrens, welches nur auf Antrag einer Partei angehoben wird, zu verhängen (ZK ZPO-Staehelin, Art. 343 N 22). Schliesslich handelt es sich bei der Ordnungsbusse um einen staatlichen Anspruch, wobei der Staat diese auf dem Betreibungsweg gemäss SchKG eintreiben kann. Da die Ordnungsbusse nach herrschender Meinung keinen poenalen Charakter hat, ist sie nicht nach Verschuldenskriterien zu bemessen und die Anordnung einer Ersatzfreiheitsstrafe durch das Vollstreckungsgericht ist unzulässig (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 28 N 45; Jenny, DIKE-Komm-ZPO, Art. 343 N 15). Insgesamt erweist sich damit die Ordnungsbusse als weniger eingriffsintensiv.

Den vorstehenden Überlegungen folgend, erweist sich die Androhung einer Ordnungsbusse im Sinne von Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO als angemessene und geeignete Vollstreckungsmassnahme.

5.3. Droht der Vollstreckungsrichter eine Ordnungsbusse im Sinne von Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO an, kann in der Androhung bereits die Höhe der Busse innerhalb des gesetzlichen Rahmens aufgenommen werden, sie kann jedoch auch offengelassen werden (Jenny, DIKE-Komm-ZPO, Art. 343 N 15; ZK ZPO-Staehelin, Art. 343 N 22). Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Höhe der auszufällenden Ordnungsbusse bereits festzulegen ist, weshalb es bei einer offenen Formulierung im Sinne der Bestimmung bleiben kann.

5.4. Ziffer 2.6. des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 7. September 2015 ist demgemäss zu vollstrecken. Der Gesuchsgegner ist unter Androhung einer Ordnungsbusse bis zu Fr. 5'000.– im Widerhandlungsfall anzuweisen, das von den Parteien gemeinsam erworbene Rustico im Tessin bis zum Verkauf nicht mehr zu benutzen.

IV.

1. Beide Parteien beantragen für das Beschwerdeverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands und verweisen zur Begründung ihres jeweiligen Gesuchs auf das vorausgegangene Eheschutzverfahren (Urk. 1 S. 2 und S. 10, Urk. 13 S. 2 und S. 6).

1.1. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit ist gegeben, wenn die ansprechende Partei ohne Beeinträchtigung des angemessenen Lebensunterhalts nicht über eigene Mittel rechtlich oder tatsächlich verfügen kann, um die bereits aufgelaufenen und künftig zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten innert nützlicher Frist, gegebenenfalls in Raten, zu bezahlen (ZR 90 Nr. 57; ZR 98 Nr. 35). Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ihr ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jah-

res, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung: SWR Bd. 3, Bern 2001, S. 182 f. und 185 f.; Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 75 f.). Massgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (Berufungs-)Entscheides (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 135; ZR 90 Nr. 57).

Die Bedürftigkeit ist nach der gesamten wirtschaftlichen Situation der gesuchstellenden Person zu beurteilen. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse. Ob das Vermögen der ansprechenden Person bar vorhanden oder in einer Liegenschaft angelegt ist, spielt prinzipiell keine Rolle. Dabei sind einem Grundeigentümer sämtliche Möglichkeiten der Mittelbeschaffung durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum, durch Vermietung oder durch Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekarkredits grundsätzlich zumutbar und gehen dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege oder Prozesskostenbeitrag vor (BGE 119 Ia 12 E. 5; BGer 5P.329/2000 vom 1. Dezember 2000, E. 3). Erst wenn der Nachweis erbracht wird, dass eine weitere Belehnung nicht möglich und eine Veräusserung nicht zumutbar ist, gilt die Mittellosigkeit als erstellt. Massgebend ist dabei nach ständiger Rechtsprechung der Kammer die Überlegung, dass Parteien, welche ihr Vermögen in Immobilien angelegt haben, in Bezug auf die Beurteilung der Bedürftigkeit nicht besser gestellt werden sollen als solche, die ihr Vermögen auf einem Sparbuch oder in Wertschriften angelegt haben. Von ihnen wird ohne weiteres erwartet, dass sie zwecks Finanzierung des Prozesses das Geld sofort abheben oder die Wertschriften veräussern (vgl. statt vieler *OGer ZH LY130027 vom 11.06.2014 E. III/2a*).

Die gesuchstellende Person hat gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO die zur Beurteilung ihres Gesuchs relevanten Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen. Es trifft sie bei der Abklärung der wirtschaftlichen Verhältnisse eine umfassende Mitwirkungspflicht. Dabei hat das Gericht allenfalls unbeholfene Personen auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege benötigt. Wer jedoch durch einen Rechtsanwalt vertre-

ten wird, kann nicht als unbeholfen gelten (BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.2).

1.2. Im Rahmen der hier interessierenden Ziffer 6 der Eheschutzvereinbarung regeln die Parteien das Benutzungsverbot des zurzeit zum Verkauf stehenden, *gemeinsam erworbenen* Rusticos im Tessin (Urk. 7/3/2 S. 5). Daraus lässt sich schliessen, dass die Parteien Eigentümer einer Liegenschaft im Tessin sind. Ob es sich dabei um Gesamt- oder Miteigentum handelt, geht aus den Akten nicht hervor, ist jedoch für die Beurteilung des Gesuchs auch nicht entscheidend. Weder die Gesuchstellerin noch der Gesuchsgegner machen geltend, eine Belehnung oder die zeitnahe Veräusserung der Liegenschaft im Tessin sei unmöglich oder unzumutbar. Vielmehr gehen die Parteien in ihrer Eheschutzvereinbarung selber von einem raschen Verkauf des Rusticos und der Erzielung eines Verkaufserlöses aus, wobei ein Verkaufspreis von Fr. 345'000.– anvisiert wird (Urk. 13/2, Urk. 13/5). Weiter legen die Parteien auch nicht dar, weshalb sie trotz einer allfälligen Veräusserung des Rusticos dennoch als mittellos einzustufen seien.

Die Mittellosigkeit beider Parteien ist demnach im Sinne vorstehender Erwägungen nicht erstellt. Ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Beschwerdeverfahren ist demzufolge abzuweisen.

2. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsgegner für beide Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO), wobei die erstinstanzliche Parteientschädigung – analog dem Entscheid der Vorinstanz – direkt dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Gesuchstellerin zuzusprechen ist.

Die Höhe der erstinstanzlichen Kosten (Entscheidgebühr Fr. 1'000.–, Parteientschädigung Fr. 1'200.–) wurde von keiner Seite angefochten bzw. beanstandet. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 4 und 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzulegen. Die Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist gestützt auf

§ 4 i.V.m. § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 1'080.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu veranschlagen.

3. Aufgrund des Unterliegens des Gesuchsgegners und der entsprechenden Änderung der vorinstanzlichen Kostenverteilung muss auch Dispositiv Ziffer 6 – obwohl nicht explizit angefochten – ersatzlos aufgehoben werden. Für die Liquidation der Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind die unentgeltlichen Rechtsbeistände auf Art. 122 ZPO und auf § 23 Abs. 2 AnwGebV zu verweisen.

4. Die Nutzung des Rusticos verkörpert letztlich einen wirtschaftlichen Wert, weshalb entgegen der Vorinstanz (Urk. 2 S. 17) eine vermögensrechtliche Streitigkeit vorliegt (vgl. BGer 5A_573/2009 E. 1.2), wobei mit Rücksicht auf Art. 92 Abs. 2 ZPO der Streitwert als Fr. 30'000.– übersteigend zu beziffern ist.

Es wird beschlossen:

1. Das Begehren der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Das Begehren des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden Dispositivziffern 1, 4, 5 und 6 des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf, Einzelgericht s.V., vom 18. Februar 2016 (EZ150007-D) aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

- "1. In Vollstreckung von Dispositivziffer 2.6. des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 7. September 2015 (EE150045-D) sowie unter Androhung einer Ordnungsbusse bis zu Fr. 5'000.– im Widerhandlungsfall wird der Gesuchsgegner angewiesen, das von den Parteien gemeinsam erworbene Rustico im Tessin bis zum Verkauf nicht mehr zu benutzen.
4. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Das Rückforderungsrecht des Staates gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, Rechtsanwalt MLaw X._____ eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. [ersatzlos aufgehoben]"
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'080.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen 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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 10. August 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Schneeberger

versandt am:
kt