

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE110069-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Subotic

Urteil vom 8. Februar 2012

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B._____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 2. Dezember 2011
(EE110309)**

Rechtsbegehren vorsorgliche Massnahmen:

(Urk. 3/12 S. 1)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für sich und die Kinder, C. _____ und D. _____, beide geboren am tt.mm.2002, für die Dauer des Eheschutzverfahrens monatliche, monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von CHF 3'250.–, wovon je CHF 1'125.– für die Kinder und CHF 1'000.– für die Klägerin persön-

lich, erstmals ab 1. August 2011, je zuzüglich Kinder-/Familienzulagen zu bezahlen.

2. Der Beklagte sei für berechtigt zu erklären, die Kinder bereits für die Dauer des Eheschutzverfahrens jedes zweite Wochenende von Freitagabend 19.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu lasten des Beklagten, wobei deren Regelung für das vorliegende Massnahmeverfahren für den Endentscheid im bei Ihrem Gericht hängigen Eheschutzverfahren der Parteien vorzubehalten sei."

Rechtsbegehren superprovisorische Massnahmen:

(Urk. 3/16 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, mit sofortiger Wirkung der Klägerin für sich und die Kinder, C. _____ und D. _____, beide geboren am tt.mm.2002, für die Dauer des Eheschutzverfahrens monatliche, monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von CHF 3'250.-, wovon je CHF 1'125.- für die Kinder und CHF 1'000.- für die Klägerin persönlich, je zuzüglich Kinder-/Familienzulagen zu bezahlen.
2. Diese Verfügung sei bis zu einem definitiven Entscheid aufrecht zu erhalten (alles im Sinne von Art. 265 ff. ZPO).
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu lasten des Beklagten, wobei deren Regelung für das vorliegende Massnahmeverfahren für den Endentscheid im bei Ihrem Gericht hängigen Eheschutzverfahren der Parteien vorzubehalten sei."

Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 2. Dezember 2011 (EE110309):

" Es wird verfügt:

1. Auf die Begehren der Gesuchstellerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen und superprovisorischer Massnahmen in Bezug auf die Unterhaltsbeiträge wird nicht eingetreten.

2. Das Begehren der Gesuchstellerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen in Bezug auf das Besuchsrecht wird abgewiesen.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
4. (Mitteilung)
5. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2):

- " 1. In Aufhebung von Dispositiv Ziffer 1 sei die Vorinstanz anzuweisen, auf das Begehren um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen und von superprovisorischen Massnahmen in Bezug auf die Unterhaltsbeiträge einzutreten.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Beklagten."
- " 1. Der Berufungsklägerin sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. a und b ZPO zu gewähren.
2. Der Berufungsklägerin sei für das vorliegende Verfahren in der Person ihres derzeitigen Rechtsvertreters eine unentgeltliche Rechtsbeiständin im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO zu bestellen."

des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (Urk. 5 S. 2):

- " 1. Es sei der Antrag der Gesuchstellerin auf Eintreten auf ihr Gesuch um vorsorgliche und superprovisorische Massnahmen betreffend Unterhalt abzuweisen.
2. Es sei das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin (zuzüglich MwSt.)"

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien stehen seit dem 8. September 2011 vor der Vorinstanz im Eheschutzverfahren. Mit Verfügung vom 2. Dezember 2011 trat die Vorinstanz auf die Begehren der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) um Anordnung vorsorglicher Massnahmen und superprovisorischer Massnahmen in Bezug auf die Unterhaltsbeiträge nicht ein.

1.2. Hiergegen erhob die Gesuchstellerin am 19. Dezember 2011 rechtzeitig (vgl. Urk. 3/21/1) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 1).

1.3. Am 20. Januar 2012 erstattete der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) innert der ihm von der erkennenden Kammer mit Verfügung vom 9. Januar 2012 angesetzten Frist Berufungsantwort und stellte die vorstehenden Anträge (Urk. 5).

2. Materielles

2.1. Die Vorinstanz trat unter Hinweis darauf, dass gemäss der Schweizerischen Zivilprozessordnung die Leistung einer Geldzahlung als vorsorgliche Massnahme nur in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen verfügt werden könne, was für die im summarischen Verfahren zu behandelnden Eheschutzprozesse nicht der Fall sei, auf das Begehren der Gesuchstellerin um Erlass vorsorglicher sowie superprovisorischer Massnahmen nicht ein (Urk. 2 S. 3 f.).

2.2. Die Gesuchstellerin macht geltend, die Vorinstanz verletze durch ihr Nicht-eintreten auf die Massnahmebegehren Art. 261 Abs. 1 lit. b und Art. 265 ZPO. Die Vorinstanz mache es sich zu leicht, wenn sie entsprechende Massnahmebegehren einfach unter Hinweis auf das summarische Verfahren "abwürge", da selbiges mitnichten schnelles Recht bewirke. Es gehe um fundamentale Werte eines Rechtsstaates betreffend die Durchsetzung von materiellem Recht, und die Vorinstanz könne die Einführung der Schweizerischen ZPO per 1. Januar 2011 nicht anführen, um die Stellung von Rechtssuchenden gegenüber dem kantonalen

Recht massiv zu verschlechtern. Zudem weist die Gesuchstellerin auf ein Eheschutzverfahren eines gewissen Ehepaares "I.-G." hin, gibt angebliche terminliche Eckdaten desselben wieder und erklärt, summarische Verfahren könnten aufgrund der Geschäftslast im Bezirk Zürich lange dauern (Urk. 1 S. 3 ff.).

2.3. In seiner Berufungsantwort vom 20. Januar 2012 (Urk. 5) beantragt der Gesuchsteller die Abweisung der Begehren der Gesuchstellerin und begründet dies unter anderem damit, dass die Verzögerungen des vorinstanzlichen Prozesses von der Gesuchstellerin alleine verursacht worden seien. So hätten anlässlich der Verhandlung vom 23. November 2011 vor Vorinstanz keine Vergleichsgespräche geführt werden können, weil die Gesuchstellerin ihre finanziellen Verhältnisse nicht offen gelegt bzw. belegt habe. Sie habe es bei blossen Behauptungen belassen. Sodann sei die Gesuchstellerin ihrer Editionsspflicht nur unvollständig nachgekommen und habe ein Konto, auf welches jeweils ein Grossteil ihrer Einnahmen aus selbständiger Erwerbstätigkeit geflossen sei, völlig verschwiegen. Die heutige Zivilprozessordnung sehe alsdann keine Möglichkeit zur Verurteilung zu einer vorsorglichen Geldzahlung im Rahmen eines Eheschutzverfahrens vor (Urk. 5 S. 2 ff.).

2.4.1. Eine Berufung gegen einen Entscheid betreffend superprovisorische Massnahmen ist nicht möglich. Mit Berufung oder Beschwerde anfechtbar wird der Entscheid erst, nachdem der Gegenpartei das rechtliche Gehör gewährt wurde (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 20 zu Art. 265 ZPO). Somit ist vorliegend auf die Berufung gegen das Nichteintreten der Vorinstanz auf das Begehren der Gesuchstellerin um Erlass superprovisorischer Massnahmen nicht einzutreten (Urk. 2 S. 3 f.).

2.4.2. Wie die Vorinstanz bereits richtig festgehalten hat, sieht die im vorliegenden Fall zur Anwendung kommende Schweizerische Zivilprozessordnung im Eheschutzverfahren keine vorsorglichen Massnahmen vor (Art. 271 ff. ZPO). Dies steht im Gegensatz zu Scheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) oder Unterhaltsklagen (Art. 303 ZPO). Es handelt sich dabei nicht um eine Gesetzeslücke, werden doch Scheidungen und Unterhaltsklagen im ordentlichen Verfahren behandelt, während für Eheschutzbegehren das summarische Verfahren zur Anwendung

kommt. Gemäss der Schweizerischen Zivilprozessordnung kann die Leistung einer Geldzahlung nur dann als vorsorgliche Massnahme verfügt werden, wenn dies im Gesetz ausdrücklich so vorgesehen ist (Art. 262 lit. e ZPO). Die neue Zivilprozessordnung zählt die möglichen Fälle abschliessend auf. Es besteht demnach kein Raum für eine analoge Weichenstellung, da nicht anzunehmen ist, das Gesetz sei dies bezüglich unvollständig redigiert (Botschaft zur schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7355). Es liegt somit keine Rechtsverletzung durch den vorinstanzlichen Entscheid vor. Soweit die Gesuchstellerin anführt, die Vorinstanz könne die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung per 1. Januar 2011 nicht anführen, um die Stellung von Rechtssuchenden gegenüber dem kantonalen Recht massiv zu verschlechtern, ist ihr entgegenzuhalten, dass sich das Gericht stets an das anwendbare Recht - vorliegend die seit dem 1. Januar 2011 geltende Schweizerische Zivilprozessordnung - zu halten hat. Lediglich der Vollständigkeit halber sei ausserdem angemerkt, dass der vorinstanzliche Eheschutz - die Parteien sind auf den 14. Februar 2012 zur nächsten Verhandlung vorgeladen (Urk. 3/22) - noch nicht übermässig lange dauert.

2.4.3. Somit ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

3. Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

Dem Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das obergerichtliche Verfahren kann angesichts der Aussichtslosigkeit des Berufungsverfahrens nicht entsprochen werden (Art. 117 lit. b ZPO).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) auf minimale Fr. 500.- festzusetzen und der Gesuchstellerin aufzuerlegen, da sie vollumfänglich unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Ausgangsgemäss ist die Gesuchstellerin zudem zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen. Diese ist

gestützt auf die Anwaltsgebührenverordnung auf Fr. 1'000.– zuzüglich Fr. 80.– (8 % Mehrwertsteuer; vgl. Urk. 5 S. 2) festzulegen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird, soweit darauf eingetreten wird, abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 2. Dezember 2011 (EE110309) bestätigt.
2. Das Gesuch der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'080.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
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, 8. Februar 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. S. Subotic

versandt am:
se