

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF190015-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler so-
wie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Beschluss vom 27. März 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend
vorsorgliche Massnahme

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Dietikon vom 22. Februar 2019 (ET190001)

Rechtsbegehren:

(act. 9/1)

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, dem Gesuchsteller den Zutritt zur ehelichen Liegenschaft an der ...-strasse ... in C. _____ zu verweigern und das Wohnungsschloss auszutauschen, unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB.
2. Der Antrag gemäss Ziffer 1 sei **superprovisorisch** (d.h. ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei) anzuordnen.
3. Es seien die Akten des Eheschutzverfahrens der Parteien vor dem Bezirksgericht Dietikon, Geschäfts-Nr.: EE180078-M, beizuziehen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7% MwSt. zulasten der Gesuchsgegnerin."

**Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 22. Februar 2019:**

(act. 8 = act. 9/4)

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Der Gesuchsgegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
- 5./6. [Mitteilungen/Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

des Gesuchstellers und Berufungsklägers (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 22. Februar 2019 aufzuheben und es sei der Berufungsbeklagten vorsorglich zu verbieten, dem Berufungskläger den Zutritt zur ehelichen Liegenschaft an der ...-strasse ... in C. _____ zu verweigern, unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB.
2. Der Antrag gemäss Ziffer 1 sei superprovisorisch (d.h. ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei) anzuordnen.
3. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7% MwSt. zulasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Berufungskläger) und die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagte) sind miteinander verheiratet und Miteigentümer einer Wohnung an der ...-strasse ... in C._____ (vgl. act. 5/3). Zwischen den Parteien war beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (fortan Vorinstanz) ein Eheschutzverfahren unter der Geschäftsnummer EE180078 anhängig. Mit vorerst nur im Dispositiv eröffnetem Urteil vom 7. Dezember 2018 wurde unter anderem die eheliche Wohnung an der ...-strasse ... in C._____ inklusive Hausrat und Mobilium für die Dauer des Getrenntlebens der Berufungsbeklagten zur alleinigen Benützung zugewiesen (act. 5/4, Dispositiv-Ziffer 3). Mit Eingabe vom 8. Januar 2019 ersuchte der Berufungskläger um Begründung des Entscheids (act. 5/5).

2. In der Folge waren sich die Parteien uneinig, ob der Berufungskläger die Wohnung per sofort zu verlassen habe oder nicht. Die Berufungsbeklagte forderte den Berufungskläger am 21. Februar 2019 über ihre Rechtsvertreterin auf, die Wohnung zu verlassen und der Berufungsbeklagten die Schlüssel zu übergeben, andernfalls sie die Schlösser auswechseln lassen werde, damit er die Wohnung nicht mehr betreten könne, und Strafanzeige gegen ihn einreichen werde (vgl. act. 5/6). Daraufhin stellte der Berufungskläger mit Eingabe vom 22. Februar 2019 bei der Vorinstanz ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 5/7). Die Vorinstanz legte das Geschäft unter der Nummer ET190001 an und wies das Gesuch des Berufungsklägers mit Urteil vom 22. Februar 2019 vollständig ab (act. 8).

3.1 Dagegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 25. Februar 2019 Berufung bei der Kammer und stellte die eingangs aufgeführten Begehren (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 26. Februar 2019 wurde der Berufungsbeklagten im Sinne einer superprovisorischen Massnahme einstweilen verboten, dem Berufungskläger den Zutritt zur ehelichen Wohnung zu verweigern, unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB. Der Berufungsbeklagten wurde sodann Frist zur Stellungnahme zu dieser Anordnung sowie zur Einreichung der Berufungsantwort angesetzt, mit der Androhung, dass im Säumnisfall das Verfahren ohne diese weitergeführt werde. Des weiteren wurde dem Berufungskläger Frist zur Leistung des Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 1'000.– angesetzt und wurde die Prozessleitung delegiert (act. 6).

3.2 Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 7/1; act. 10). Mit Schreiben vom 6. März 2019 liess die Berufungsbeklagte mitteilen, die Begründung des Eheschutzentscheids vom 7. Dezember 2018 sei inzwischen ergangen (act. 11). Die ersuchte schriftliche Bestätigung, dass die Verfügung der Kammer vom 26. Februar 2019 hinfällig geworden sei, erübrigt sich mit dem vorliegenden Entscheid. Das Schreiben wurde dem Berufungskläger am Folgetag zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 12).

3.3 Mit Eingabe vom 15. März 2019 nahm der Berufungskläger unaufgefordert Stellung zur Eingabe der Berufungsbeklagten vom 6. März 2019 (act. 13 inkl. Beilagen act. 14/1-10). Er macht geltend, gegen den nunmehr begründeten Eheschutzentscheid am 4. März 2019 Berufung erhoben zu haben, unter anderem auch gegen die Zuteilung der ehelichen Wohnung an die Berufungsbeklagte. Zudem habe er um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersucht. Mit Verfügung vom 6. bzw. 7. März 2019 habe die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich als Rechtsmittelinstanz alle Vollstreckungshandlungen bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung untersagt. Damit sei der Eheschutzentscheid vom 7. Dezember 2018 nach wie vor nicht vollstreckbar und das vorliegende Verfahren nicht hinfällig, weshalb am Gesuch um vorsorgliche Massnahmen festgehalten werde (act. 13 S. 2 und 4, act. 14/1-3). Wie dringend nötig dieses Verfahren sei zeige sich daran, dass die Berufungsbeklagte

das Wohnungsschloss in der Zwischenzeit ausgewechselt und dem Berufungskläger erst nach Beizug der Polizei einen Schlüssel ausgehändigt habe, dass sie seinen auf dem Briefkastenschild angebrachten Namen entfernt habe und bei der Einwohnergemeinde C._____ wahrheitswidrig angegeben habe, der Berufungskläger wohne nicht mehr in der (ehelichen) Wohnung (act. 13 S. 3 f.).

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1-5). Die Berufungsbeklagte reichte innert Frist keine Berufungsantwort ein. Die Sache ist spruchreif.

II. Materielles

1. Die Vorinstanz wies das Gesuch des Berufungsklägers ab, weil sie der Ansicht war, er habe den von ihm geltend gemachten Anspruch auf Verbleib in der ehelichen Wohnung nicht glaubhaft gemacht. Der Eheschutzentscheid vom 7. Dezember 2018, mit welchem die Wohnung der Berufungsbeklagten grundsätzlich ab sofort zur alleinigen Benützung zugewiesen worden sei, sei sofort vollstreckbar. Der Berufungskläger habe somit kein Recht mehr auf einen Aufenthalt in der ehelichen Wohnung. Ferner erwog die Vorinstanz, dem Berufungskläger stehe gar keine eigenständige Unterlassungsklage zu, die als Prosequierung der beantragten vorsorglichen Massnahmen erfolgen müsste; er hätte sein Anliegen vielmehr im Rahmen eines Rechtsmittels gegen den Eheschutzentscheid vorzubringen. Schliesslich habe der Berufungskläger auch das Vorliegen eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht glaubhaft gemacht (act. 8 S. 4-7).

2. Dem hält der Berufungskläger zusammengefasst entgegen, die von ihm beantragte Begründung des Urteils vom 7. Dezember 2018 sei noch ausstehend, weshalb der Entscheid nicht vollstreckbar sei und er entsprechend Anspruch auf Verbleib in der ehelichen Wohnung habe. Dieser Anspruch sei aufgrund der Haltung der Berufungsbeklagten und ihrer Aufforderung, er solle die Wohnung bis zum 22. Februar 2019 verlassen, verletzt bzw. es drohe eine Verletzung (act. 2 S. 3 f.). Wenn die Vorinstanz ihm sodann entgegenhalte, er müsse

sein Anliegen mit einem Rechtsmittel gegen den Eheschutzentscheid vorbringen, übersehe sie, dass es ihm mangels eines begründeten und damit anfechtbaren Urteils gerade noch nicht möglich sei, ein Rechtsmittel zu erheben. Schliesslich legt der Berufungskläger dar, weshalb entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile vorlägen und dass die beantragte Anordnung verhältnismässig sei (act. 2 S. 5-7).

3.1 In der Verfügung der Kammer vom 26. Februar 2019, mit welcher das eingangs erwähnte Begehren des Berufungsklägers im Sinne einer superprovisorischen Massnahme einstweilen gutgeheissen wurde, wurde – nebst der Bejahung der übrigen Voraussetzungen für die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme – insbesondere festgehalten, dass ein noch unbegründeter Entscheid über vorsorgliche Massnahmen gemäss der Praxis der Zivilkammern des Obergerichts noch nicht vollstreckbar sei. Deshalb komme dem Berufungskläger entgegen der Ansicht der Vorinstanz ein Anspruch auf Verbleib in der ehelichen Wohnung zu, solange das Eheschutzurteil vom 7. Dezember 2018 nicht begründet sei (act. 6 S. 4).

3.2 Im Vergleich zur Situation bei Erlass der superprovisorischen Anordnung am 26. Februar 2019 sind die Umstände nun anders. Es ist unbestritten, dass die Begründung des Eheschutzurteils vom 7. Dezember 2018 inzwischen vorliegt (act. 11 und act. 13). Damit wurde das Eheschutzurteil vollstreckbar (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO) und entfiel der Anspruch des Berufungsklägers auf Verbleib in der ehelichen Wohnung. Um weiterhin in dieser verbleiben zu können, muss er im Rahmen der Berufung gestützt auf Art. 315 Abs. 5 ZPO den Aufschub der Vollstreckbarkeit des Eheschutzentscheids vom 7. Dezember 2018 beantragen. Dafür zuständig ist mit Vorliegen des begründeten Eheschutzentscheids jedoch nicht die Kammer im vorliegenden Verfahren, sondern die Rechtsmittelinstanz, welche die Berufung gegen das Eheschutzurteil zu beurteilen hat: das ist die I. Zivilkammer des Obergerichts.

Mit Eingabe vom 4. März 2019 hat der Berufungskläger Berufung gegen den Eheschutzentscheid vom 7. Dezember 2018 erhoben und hinsichtlich der Zuteilung der ehelichen Wohnung an die Berufungsbeklagte (superprovisorisch) den

Aufschub der Vollstreckbarkeit beantragt (act. 14/1 S. 4 und 19; Art. 315 Abs. 5 ZPO). Die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, welche als Rechtsmittelinstanz die Berufung gegen den Eheschutzentscheid zu beurteilen haben wird und damit auch für den Entscheid über den Vollstreckungsaufschub zuständig ist, verfügte am 6. bzw. 7. März 2019, dass bis zu ihrem Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollstreckungshandlungen zu unterbleiben haben (act. 14/2-3).

3.3 Nach dem Gesagten ist mit Vorliegen des begründeten Eheschutzurteils vom 7. Dezember 2018 die Zuständigkeit der Kammer zur Beurteilung des eingangs wiedergegebenen Begehrens des Berufungsklägers jedenfalls entfallen (vgl. Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b ZPO). Auf die Berufung gegen das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 22. Februar 2019 ist daher nicht einzutreten.

4.1. In diesem Zusammenhang drängt sich sodann die Frage auf, welche Instanz in welchem Verfahren für die Behandlung des eingangs erwähnten Anliegens des Berufungsklägers bis zum Vorliegen des begründeten Eheschutzentscheids zuständig war, die den Entscheid fällende erste Instanz selbst, die Rechtsmittelinstanz oder der – im vorliegenden Fall angerufene – Summarrichter im Rahmen eines eigenständigen Verfahrens. Vorliegend braucht dies nicht abschliessend beantwortet zu werden. Immerhin drängen sich aber folgende Bemerkungen dazu auf:

4.2. Wie erwähnt, sind *begründete* Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit ihrer Eröffnung vollstreckbar (vgl. Art. 315 Abs. 4 ZPO bzw. Art. 325 Abs. 1 ZPO und BGE 139 III 486 E. 3), wobei die Rechtsmittelinstanz die Vollstreckbarkeit des Entscheids aufschieben kann (Art. 315 Abs. 5 bzw. Art. 325 Abs. 2 ZPO). Wie es sich bei (noch) *unbegründeten* Entscheiden verhält, gegen die noch kein Rechtsmittel ergriffen werden kann (vgl. Art. 239 i.V.m. Art. 311 Abs. 1 bzw. Art. 321 Abs. 1 ZPO) und wo folglich auch noch nicht gestützt auf Art. 315 Abs. 5 bzw. Art. 325 Abs. 2 ZPO um Aufschub der Vollstreckbarkeit ersucht werden kann, ist umstritten.

4.3. Im Gesetz ist die Frage nicht ausdrücklich geregelt. In der Literatur werden mit jeweils guten Argumenten beide Auffassungen vertreten (für die sofortige Vollstreckbarkeit Jent-Sørensen, Resolutiv bedingte Vollstreckbarkeit und vorläufige Vollstreckung – Abwehr und Rückforderungsmöglichkeiten, in SJZ 110/2014 S. 60 m.w.H.; Markus/Wuffli, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?, in ZBJV 151/2015 S. 107; Staehelin/Bachofner, Vollstreckung im Niemandsland, in Jusletter vom 16. April 2012, Rz 8 f. und 14 ff. m.w.H.; ZK ZPO-Staehelin, 3. Aufl. 2016, Art. 239 N 35 und Art. 336 N 13; für die Vollstreckbarkeit erst bei Vorliegen der Begründung BSK ZPO-Droese, 3. Aufl. 2017, Art. 336 N 8; Kriech, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 239 N 8; Rohner/Mohs, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 336 N 2; vgl. ferner BK ZPO-Kellerhals, Art. 336 N 5). Die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich ist wie dargelegt der Ansicht, unbegründete Entscheide seien noch nicht vollstreckbar (vgl. OGerZH RT120039 vom 11. Juni 2012 E.II.3.4-9 = ZR 111/2012 Nr. 70; OGerZH RV120010 vom 13. September 2012 E.III.1.c-g). Die II. Zivilkammer folgt diesem Standpunkt, wobei sie das allerdings – abgesehen von einem Ausnahmefall im Konkursverfahren, welcher von Gesetzes wegen wirksam ist (vgl. OGerZH PS130222 vom 19. Dezember 2013) – noch nie publiziert hat. cht explizit mit der Frage auseinandergesetzt hat. Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich noch nicht zur Problematik geäußert.

4.4. Unabhängig davon, wie die Frage beantwortet wird, besteht in der Regel für eine der Parteien ein Nachteil. Während dies in gewissen Situationen eher hingenommen werden kann (vgl. etwa ZR 111/2012 Nr. 70, es ging dabei um eine Rechtsöffnung), kann es in bestimmten Konstellationen wie beispielsweise der vorliegenden oder etwa, wenn es um Kinderbelange geht, nicht sein, dass die benachteiligte Partei dies bis zum Vorliegen der Begründung des Entscheids hinnehmen muss, ohne etwas dagegen tun zu können. Dies, zumal Entscheidebegründungen je nach Komplexität des Falles und der Arbeitsbelastung der Gerichte auch längere Zeit in Anspruch nehmen können. Das Problem wurde in der Literatur erkannt und es werden verschiedene Lösungen vorgeschlagen. So stellen sich gewisse Autoren auf den Standpunkt, es könne bei der Rechtsmittelinstanz der Aufschub der Vollstreckbarkeit als vorsorgliche Massnahme "sui generis" bean-

trägt werden (Jent-Sørensen, a.a.O., S. 60 f. m.w.H.; Markus/Wuffli, a.a.O., S. 108 ff.; Staehelin/Bachofner, a.a.O., Rz 8 f. und 14 ff. m.w.H.; ZK ZPO-Staehelin, 3. Aufl. 2016, Art. 239 N 35; vgl. ferner OGerZH PS130222 vom 19. Dezember 2013; KG BL vom 19. Juni 2012 [410 12 182] E. 1; KG BL vom 18. Dezember 2012 [430 12 374] E. 1). Vertreten wird auch, dass die erste Instanz in der Übergangsphase zu vorsorglichen Anordnungen betreffend die Vollstreckbarkeit zuständig ist (vgl. Jent-Sørensen, a.a.O., S. 61 Fn 30; Markus/Wuffli, a.a.O., S. 110; ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. Aufl. 2016, Art. 315 N 71 m.w.H.; in gewissen Rechtsgebieten besteht diese Möglichkeit kraft Gesetzes, vgl. etwa Art. 450c ZGB; ablehnend Staehelin/Bachofner, a.a.O., Rz 10 f.).

4.5. Mehrheitlich scheint damit die Ansicht vertreten zu werden, die Rechtsmittelinstanz sei für die sinngemässe Anordnung der Vollstreckbarkeit bzw. deren Aufschiebung zuständig, allenfalls auch die den Entscheid fällende Instanz selbst. Der Summarrichter ist demgegenüber für die Beurteilung dieser Frage im Rahmen eines eigenständigen Verfahrens über vorsorgliche Massnahmen nicht zuständig. Dies zeigt sich bereits daran, dass vorsorgliche Massnahmen zu prosequieren sind (vgl. Art. 263 ZPO), was in der vorliegenden Konstellation dazu führen würde, dass eine vom Eheschutzverfahren separate Unterlassungsklage anhängig gemacht werden müsste, was – wie die Vorinstanz richtig erkannte (vgl. act. 8 E. III.2) – zufolge der Zuständigkeit des Eheschutzrichters zur Beantwortung der Frage der Wohnungszuweisung nicht sein kann. Dem Argument der Vorinstanz, der Berufungskläger hätte sein Anliegen im Rechtsmittel gegen den Eheschutzentscheid geltend machen müssen, ist demgegenüber nicht zuzustimmen, weil – wie der Berufungskläger richtig ausführt –, ihm im damaligen Zeitpunkt – anders als heute – gar kein Rechtsmittel zur Verfügung stand. Wenn, hätte er sein Begehren höchstens als vorsorgliche Massnahme sui generis an die Rechtsmittelinstanz richten können. Ob diese tatsächlich zuständig gewesen wäre oder ob das Begehren nicht vielmehr an die Vorinstanz zu richten gewesen wäre, braucht hier nicht definitiv geklärt zu werden. Gesagt sei nur, dass eine dieser Instanzen zuständig sein muss, weil es nicht hingenommen werden kann, dass ein Rechtsverlust geduldet werden muss, ohne die Möglichkeit, sich dagegen zur Wehr zu setzen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Das Verfahren wurde ausgelöst durch die Entscheidung des Eheschutzgerichts, sein Urteil vorerst ohne Begründung zu eröffnen. Mit Rücksicht darauf sind für das Verfahren der Kammer keine Kosten zu erheben, was allerdings keine Entschädigungspflicht des Staates auslöst: Parteientschädigungen sind darum nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung gegen das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 22. Februar 2019 wird nicht eingetreten.
2. Kosten für das Berufungsverfahren werden nicht erhoben.

Der Vorschuss wird dem Berufungskläger von der Obergerichtskasse zurück erstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 13, sowie an das Bezirksgericht Dietikon und die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Fr. 12'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am:
28. März 2019