

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY230014-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss vom 8. Juni 2023

in Sachen

A._____,

Beklagter, Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Klägerin, Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin mag. iur. et lic. oec. publ. Y._____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Ver-
fahren am Bezirksgericht Meilen vom 11. April 2023 (FE220149-G)**

Erwägungen:

1.1. Die Parteien sind verheiratet und haben einen gemeinsamen Sohn, C._____ (Jg. 2004). Mit Eheschutzentscheid vom 10. Februar 2021 regelte das Einzelgericht am Bezirksgericht Meilen die Folgen des Getrenntlebens, wobei es die eheliche Liegenschaft der Klägerin, Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan: Klägerin) zur alleinigen Benützung mit dem Sohn zuwies (Urk. 6/9/124). Die beschliessende Kammer bestätigte mit Entscheid vom 31. Mai 2022 die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft an die Klägerin (Urk. 6/9/136). Auf die dagegen erhobene Beschwerde des Beklagten, Gesuchstellers und Berufungsklägers (fortan: Beklagter) trat das Bundesgericht mit Urteil vom 22. Juli 2022 nicht ein (Urk. 6/9/140).

1.2. Im Mai 2021 klagte die Klägerin auf Scheidung der Ehe mit dem Beklagten nach Art. 115 ZGB. Mit Eingabe vom 28. Juli 2022 beantragte der Beklagte bei der Vorinstanz, in Abänderung des Entscheids der Kammer vom 31. Mai 2022 sei die eheliche Liegenschaft ihm, teilweise mit C._____, zur alleinigen Benützung zuzuweisen. Dieses Massnahmebegehren wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 4. August 2022 ab. Den dagegen bis vor Bundesgericht erhobenen Rechtsmitteln war kein Erfolg beschieden (*OGer ZH LY220041-O vom 25. August 2022* und *BGer 5A_734/2022 vom 10. Oktober 2022*).

1.3. Am 31. Oktober 2022 zog die Klägerin ihre (auf Art. 115 ZGB gestützte) Scheidungsklage zurück und klagte am 3. November 2022 auf Scheidung der Ehe mit dem Beklagten gestützt auf Art. 114 ZGB (Urk. 6/1). Daraufhin beantragte der Beklagte mit Eingaben vom 29. November 2022 und vom 6. Dezember 2022 wiederum, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen sei ihm die eheliche Liegenschaft zur alleinigen Benützung zuzuweisen. Des Weiteren sei der Klägerin zu verbieten, seine Gegenstände einzulagern (Urk. 6/10 und 6/15). Am 11. April 2023 verfügte die Vorinstanz diesbezüglich wie folgt (Urk. 2 S. 9 f. = Urk. 6/28 S. 9 f.):

1. Der Antrag des Beklagten vom 29. November 2022 auf Abänderung der Dispositiv-Ziff. 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 2022 wird abgewiesen.

2. Der Antrag des Beklagten vom 29. November 2022 und 6. Dezember 2022 auf Erlass eines Verbots der Einlagerung von Möbeln wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Entscheider vorbehalten.
4. (Schriftliche Mitteilung)
5. (Rechtsmittelbelehrung)

1.4. Hiergegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 24. April 2023 rechtzeitig (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO und Urk. 6/29/1) Berufung mit folgendem Antrag (Urk. 1 S. 2):

"In Aufhebung von Dispositivziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 11.04.2023 sei die im je hälftigen Miteigentum der Parteien befindliche Liegenschaft an der D. _____-strasse ... in E. _____ gemäss Gesuch vom 29.11.2022 dem Berufungskläger zur Benützung zuzuweisen, eventualiter sei die vorinstanzliche Dispositivziffer 1 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. 7.7 % MwSt. zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

1.5. Mit Verfügung vom 2. Mai 2023 wurde dem Beklagten Nachfrist zum Einreichen einer Vollmacht für seinen Rechtsvertreter sowie Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 3'000.– angesetzt (Urk. 7). Beiden Anforderungen kam der Beklagte rechtzeitig nach (Urk. 10 und Urk. 11).

1.6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-30). Da sich die Berufung – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – sogleich als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet erweist, erübrigt sich das Einholen einer Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen,

woraus sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür nicht (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3.3 = Pra 105/2016 Nr. 99; BGE 138 III 374 E. 4.3.1 = Pra 102/2013 Nr. 4; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H.; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3).

2.2. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren grundsätzlich nur zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

3. Die Vorinstanz gab die Voraussetzungen für die Abänderung eines Massnahmeentscheids zutreffend wieder, weshalb an dieser Stelle darauf zu verweisen ist (Urk. 2 S. 3 ff. E. 3-4). Sie erwog mit Bezug auf die angefochtene Abweisung der Umteilung des Benützungrechts an der ehelichen Liegenschaft, der Beklagte bringe als Abänderungsgrund den seiner Ansicht nach bald ergehenden Entscheid betreffend die Eigentumsverhältnisse im Verfahren CG200033-G vor, dessen Sistierung mit Urteil des Obergerichts Zürich vom 10. Oktober 2022 aufgehoben worden sei. Der Beklagte verkenne dabei, dass weder die mit Entscheid des Obergerichts vom 10. Oktober 2022 (Geschäfts-Nr. PC220011-O; Urk. 6/11/2) aufgehobene Sistierung des Verfahrens CG200033-G noch ein angebliches Angebot zur Übernahme der Liegenschaft zu einem zu seinen Gunsten ausfallenden Entscheid betreffend Miteigentumsauflösung innert wenigen Wochen führten, zumal sich das Verfahren erst im Anfangsstadium befinde. Der ma-

terielle Teil der Klageantwort sei aufgrund der prozessualen Anträge der Klägerin betreffend das Eintreten auf die Klage dem Beklagten noch nicht zugestellt worden (mit Verweis auf Urk. 6/11/2 S. 12). Bevor ein Entscheid in der Sache gefällt, mithin über die Eigentumszuteilung entschieden werde, habe erst noch ein Entscheid über die prozessualen Anträge zu ergehen. Damit handle es sich beim geltend gemachten Abänderungsgrund nicht um eine künftige Veränderung, deren Eintritt feststehe, sondern vielmehr um eine zukünftige, hypothetische Veränderung, die keine Abänderung der Eheschutzmassnahme zu begründen vermöge. Infolgedessen sei auf das Vorbringen des Beklagten bezüglich Unzumutbarkeit eines Auszugs aus der Liegenschaft aufgrund seines baldigen Benutzungsrechts nicht weiter einzugehen. Überdies könne dem Beklagten nicht gefolgt werden, wenn er geltend mache, die Nutzungszuteilung müsse abgeändert werden, weil der Sohn C._____ nicht mehr die meiste Zeit mit der Klägerin verbringe. Das Obergericht habe in seinem Entscheid vom 31. Mai 2022 berücksichtigt, dass sich C._____ bei Erreichen der Volljährigkeit noch in der Erstausbildung befinden und weiterhin zu Hause wohnen werde, weshalb C._____s Volljährigkeit keine Auswirkungen auf den obergerichtlichen Entscheid haben werde (mit Verweis auf Urk. 6/11/2 S. 28 f.). Demnach sei auch voraussehbar gewesen, dass C._____ mit dem Alter weniger Zeit mit der Klägerin in der ehelichen Liegenschaft verbringen und (dennoch) in der ehelichen Liegenschaft wohnen werde. Mit dem nicht weiter substantiierten Vorbringen, C._____ verbringe die meiste Zeit bei seiner Freundin und nicht bei der Klägerin, mache der Beklagte keine wesentlichen und dauernden Veränderungen glaubhaft. Bezüglich seiner Behauptung, die Klägerin verbringe die meiste Zeit mit ihrem neuen Partner, F._____, der mehrere Tage in der Woche in der ehelichen Liegenschaft sei und auch dort nächtige, sei zweierlei festzuhalten: Zum einen fehle es an substantiierten Ausführungen, welche diese Behauptung glaubhaft machen könnten. Der Verweis auf eine E-Mail vom 23. November 2022 (Urk. 6/11/3), in welcher die Klägerin lediglich schreibe, sie gehe mit G._____ anschauen und für ein Wochenende an den H._____see, genüge hierzu nicht. Zum anderen sei unklar, was der Beklagte daraus zu seinen Gunsten ableiten wolle. Anzuführen bleibe, dass die Klägerin aufgrund der alleinigen Nutzungszuweisung ohnehin das Recht habe, Freunde, Bekannte oder einen Partner

einzuladen und in der Liegenschaft übernachten zu lassen. Schliesslich könne offen bleiben, ob der Beklagte finanziell in der Lage sei, die Liegenschaft zu übernehmen und inwiefern konkrete Angebote hierzu ergangen seien, zumal dies für die Benutzungszuweisung der Liegenschaft während des Getrenntlebens nicht entscheidend sei. Überdies sei ohnehin nicht hinreichend substantiiert vorgetragen worden, inwiefern es sich hierbei um eine erhebliche und dauerhafte Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse seit der Anordnung der Massnahme handle. Gleiches gelte für die Behauptung, bei einer Nutzungszuweisung an ihn wäre er praktisch immer anwesend und C. _____ besser versorgt. Abschliessend sei festzuhalten, dass der pauschale Verweis des Beklagten auf früher vorgebrachte positive Gründe für eine Nutzungszuweisung an ihn den Voraussetzungen von Art. 179 ZGB nicht genüge, zumal er diesbezüglich keine veränderten Umstände geltend mache. Infolgedessen vermöge der Beklagte keine Veränderung der Umstände glaubhaft zu machen, die eine Aufhebung oder Änderung von Dispositiv-Ziff. 2 des obergerichtlichen Entscheids vom 31. Mai 2022 nach sich ziehen würde, weshalb insofern sein Abänderungsbegehren abzuweisen sei (Urk. 2 S. 5 ff.).

4.1. Der Beklagte rügt, im Miteigentumsaufhebungsprozess vor dem Bezirksgericht Meilen habe am 20. April 2023 die Hauptverhandlung stattgefunden, wobei diese Verhandlung auf die formellen Einwände der Gesuchsgegnerin betreffend sachliche Zuständigkeit, Rechtsschutzinteresse und Zulässigkeit der Klageverbesserung beschränkt gewesen sei. Dabei habe das Gericht angekündigt, dass nunmehr ein Entscheid über die formellen Einreden der Klägerin getroffen werde. Da die Hauptverhandlung mittlerweile stattgefunden habe sowie angesichts der klaren Vorgaben des Obergerichts sei davon auszugehen, dass im Verfahren betreffend Miteigentumsauflösung demnächst die Eigentumsfrage definitiv zu seinen Gunsten geklärt werden könne (Urk. 1 S. 5 ff.).

Mit diesen Ausführungen beharrt der Beklagte im Wesentlichen auf seinem bereits vor Vorinstanz vorgetragenen Standpunkt, wonach das Verfahren betreffend Aufhebung des Miteigentums (Verfahren CG200033-G) in wenigen Wochen abgeschlossen werden könne und davon auszugehen sei, dass ihm das Alleineigentum an der ehelichen Liegenschaft zugewiesen werde (Urk. 10 S. 3 f.). Hinge-

gen setzt er sich nicht rechtsgenügend mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz auseinander. So vermag er mit seinem Hinweis auf die am 20. April 2023 durchgeführte Hauptverhandlung im Verfahren CG200033-G die Einschätzung der Vorinstanz, wonach sich der Prozess CG200033-G erst im Anfangsstadium befinde, nicht zu widerlegen, da die Verhandlung auf Eintretensfragen beschränkt war (vgl. Urk. 4/8). Ebenso wenig legt er dar, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausging, das Verfahren CG200033-G werde weder binnen weniger Wochen abgeschlossen sein noch stehe dessen Ausgang bereits jetzt fest. Entsprechend vermag der Beklagte mit seinen Ausführungen nicht darzutun, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausging, beim geltend gemachten Abänderungsgrund handle es sich nicht um eine bereits feststehende, sondern bloss hypothetische künftige Veränderung, die keine Abänderung der Eheschutzmassnahme zu rechtfertigen vermöge.

4.2. Der Beklagte beanstandet weiter, es sei nach wie vor so, dass der Sohn C._____ die meiste Zeit bei seiner Freundin verbringe und nur sehr selten zusammen mit seinen Eltern. Die Momentaufnahme vom 4. Januar 2021, welche den Ausschlag für die Zuweisung der ehelichen Liegenschaft an die Klägerin zur Benutzung gegeben habe, sei damit längst überholt. Ein neuer Benützungszuweisungsentscheid sei daher überfällig, wobei nicht mehr auf die längst nachhaltig überholte Präferenz von C._____ abzustellen, sondern die weiteren Kriterien zu berücksichtigen seien, die klar für eine Benützungszuweisung an ihn sprächen (Urk. 1 S. 7 ff.).

Mit diesen Ausführungen beharrt der Beklagte bloss auf seinem Standpunkt, wonach C._____ die meiste Zeit nicht bei der Klägerin, sondern bei seiner Freundin verbringe (vgl. Urk. 10 S. 3). Dieses Vorbringen hatte die Vorinstanz allerdings bereits mit Verweis auf die ungenügende Substantiierung verworfen (Urk. 2 S. 7 E. 5.4). Damit setzt sich der Beklagte nicht auseinander. Insbesondere zeigt er nicht auf, dass und wo er ausführte, was er mit "die meiste Zeit inklusive Übernachtung" (Urk. 10 S. 3) genau meinte. Ebenso wenig legt der Beklagte dar, dass und wo er Ausführungen zum Zeitpunkt machte, seit dem diese angeblich veränderten Verhältnisse vorliegen sollen. Damit genügt der Beklagte seiner Begrün-

dungsobliegenheit (vgl. oben Ziff. 2.1) nicht. Soweit der Beklagte schliesslich auf die schriftliche Bestätigung von C. _____ vom 3. Juli 2022 verweist, wonach es diesem gleichgültig sei, wem die eheliche Liegenschaft zugewiesen werde (Urk. 1 S. 7 mit Verweis auf Urk. 4/9), stützt er sich auf ein neues, jedoch nicht mehr zu berücksichtigendes Beweismittel, da dessen novenrechtliche Zulässigkeit weder dargetan noch ersichtlich ist (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. oben Ziff. 2.2). Im Übrigen war die genannte Bestätigung vom 3. Juli 2022 bereits im Massnahmeentscheid der Kammer vom 25. Juli 2022 (*OGer ZH LY220041-O vom 25. August 2022, E. 4.2; Urk. 6/8/98*) und im Urteil des Bundesgerichts vom 10. Oktober 2022 (*5A_734/2022 vom 10. Oktober 2022; Urk. 6/8/130*) abgehandelt und eine Änderung der Zuweisung der Liegenschaft gestützt darauf verworfen worden, was einer erneuten Beurteilung entgegensteht (BGE 141 III 376 E. 3.3 und E. 3.4).

4.3. Schliesslich macht der Beklagte erneut geltend, ihm diene die eheliche Liegenschaft besser als der Klägerin (Urk. 1 S. S. 8 ff.). Allerdings zeigt er nicht auf, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausging, er habe bezüglich der dafür angeführten Gründe keine Veränderung der Verhältnisse dargetan, welche eine Abänderung zu rechtfertigen vermöge (vgl. Urk. 2 S. 8 E. 5.6). Damit genügt er seiner Begründungsobliegenheit (vgl. oben Ziff. 2.1) wiederum nicht, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

4.4. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung in allen genannten Punkten als unbegründet. Weitere Mängel des angefochtenen Entscheids macht der Beklagte nicht geltend. Entsprechend ist auf die Berufung nicht einzutreten.

5.1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5, § 6, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beklagten zufolge seines Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der Klägerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 3 und 4/2-9, 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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, 8. Juni 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
st