

# ZH\_OBERGERICHT LE150013 vom 20. April 2015

ZH Obergericht, 2015-04-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE150013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE150013)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE150013 du 20 avril 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT LE150013 del 20 aprile 2015

## Erwägungen

### E. 1

a) Die Parteien standen vor Vorinstanz seit dem 7. Oktober 2014 in einem Eheschutzverfahren (vgl. Urk. 1 S. 1), welches schliesslich mit vorstehend im Dispositiv wiedergegebenem Urteil vom 11. März 2015 beendet wurde (Urk. 20). In- nert Frist erhob der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) mit Eingabe vom 25. März 2015 Berufung mit vorgenanntem Antrag (Urk. 19).

- 4 - b) Da sich die vorliegende Berufung von vorneherein als aussichtslos erweist, erübrigt sich das Einholen einer Berufungsantwort der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin; vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

### E. 2

a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). b) Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO; BGE 138 III 625 E. 2.2).

### E. 3

a) Die Vorinstanz führte bezüglich der angeordneten Herausgabe des Hundes an die Klägerin das Folgende aus (Urk. 20 S. 11 ff.): Haustiere würden nicht unter den Begriff des Hausrates im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB fallen. Es finde im Eheschutzverfahren auch keine Einräumung eines Besuchsrechts analog der Regelung bei unmündigen Kindern statt. Tiere seien keine Kinder. Stehe ein Tier im häuslichen Bereich, das nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten werde, allerdings nicht im Alleineigentum eines Ehegatten, so könne das Gericht gemäss Art. 651a Abs. 3 ZGB im Streitfall die provisorische Haltung des Tieres durch einen der Ehegatten anordnen. Entscheidend sei, wer in tierschützerischer Hinsicht dem Haustier bessere Unterbringung gewährleiste. Das Gericht habe allerdings dann keine Handhabe mehr, wenn ein Ehegatte an einem Haustier Alleineigentum habe (unter Hinweis auf Six, Eheschutz, 2. Aufl., Bern 2014, N 2.195). Dass der Beklagte grundsätzlich in der Lage sei, trotz Abwesenheit während der Arbeitszeiten tiergerecht für den Hund zu sorgen, sei ihm abzunehmen. Die Klägerin weise lediglich darauf hin, dass der Beklagte tagsüber nicht zu Hause sei, nehme aber zur Behauptung, die Nachbarn würden sich dann um den Hund kümmern, nicht direkt Stellung. Dass der Beklagte das Tier durch Schläge oder Würfe quäle, sei nicht mehr als eine Behauptung und deshalb mit Vorsicht zu würdigen. Es würden keine weiteren Hinweise dafür vorliegen. Indessen sei auch

- 5 - die tiergerechte Betreuung durch die Klägerin in grundsätzlicher Hinsicht weder seitens des Beklagten bestritten noch offensichtlich. Der Beklagte mache lediglich geltend,

dass eine Fremdbetreuung, sollte die Klägerin dereinst arbeiten, noch nicht absehbar geregelt sei, was nicht heisse, dass sie nicht möglich wäre. Das ihr vorgeworfene Desinteresse am Hund in jüngster Vergangenheit dürfte zudem – mindestens auch – im Zusammenhang mit den Eheproblemen der Parteien stehen. Als Schenkung gelte gemäss Art. 239 Abs. 1 OR jede Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen andern ohne entsprechende Gegenleistung bereichere. Eine Schenkung von Hand zu Hand erfolge durch Übergabe der Sache vom Schenker an den Beschenkten (Art. 242 Abs. 1 OR). Subjektive Elemente seien der Schenkungswille des Schenkers sowie der Schenkungsempfangswille des Beschenkten. Unerheblich sei der Wert der geschenkten Sache. Das Motiv der Schenkung sei ohne Bedeutung. Schweigen des Beschenkten auf die Schenkungsofferta gelte als stillschweigende Annahme (unter Hinweis auf Vogt, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 239 N 1 und 3). Übergabe der Sache umfasse alle Arten der Besitzesübergabe, insbesondere auch Besitzesanweisung. Sei der Beschenkte bereits unselbständiger Besitzer der Sache, genüge eine blosserklärung des Schenkers zur Eigentumsübertragung (unter Hinweis auf Vogt, a.a.O., Art. 242 N 2). Indem der Beklagte zu Protokoll gegeben habe, er habe den Hund auf den Namen der Klägerin eintragen lassen bzw. den Eintrag ändern lassen, habe er zwar der Behauptung der Klägerin, der Hund sei ihr geschenkt worden, nicht explizit zugestimmt, er habe die Schenkung allerdings auch nicht ausdrücklich bestritten. Aufgrund des Gesagten erscheine eine Schenkung denn auch als wahrscheinlich. Obwohl der Beklagte den Hund als Familienhund gesehen habe, habe er den Eintrag durch die Gemeindeverwaltung ändern lassen, damit die Klägerin eine Beziehung zum Hund habe aufbauen können. Dies mache dann besonders Sinn, wenn es die Meinung des Beklagten gewesen sei, der Hund solle "ihr gehören". Ein administrativer Vorgang auf der Gemeinde sei für sich allein weniger ge-

- 6 - eignet, das Verantwortungsbewusstsein für den Hund zu fördern, als wenn der Hund auch tatsächlich geschenkt werde, also gewissermassen in die alleinige Verantwortung der Klägerin gelegt werde. Zudem spreche der Zeitpunkt – ein Geburtstag – für eine Schenkung. Die administrative Eintragung der Klägerin sei deshalb lediglich ein Indiz für die Glaubhaftigkeit der klägerischen Darstellung, denn eine eigentliche Besitzesanweisung wäre hierzu vorliegend nicht zwingend nötig gewesen; die entsprechende Erklärung des Beklagten gegenüber der Klägerin hätte bereits ausgereicht. Unter diesen besonderen Umständen – unbestritten gebliebene Erklärung anlässlich eines Geburtstages, administrativer Vollzug – sei daher von einer Schenkung auszugehen. Damit sei die Klägerin Alleineigentümerin des Hundes, weshalb ihr der Beklagte diesen jederzeit auf erstes Verlangen hin herauszugeben habe. b) Der Beklagte rügt in seiner Berufung, dass in den Erwägungen des angefochtenen Urteils von einem nachvollziehbaren Geburtstagsgeschenk gesprochen worden sei. Das sei jedoch nicht korrekt, da die Klägerin am 17. Juli 1964 und der Hund am 17. Dezember 2012 geboren worden seien. Der Hund sei am 29. März 2013 bei der Züchterin abgeholt worden (Urk. 19 Ziff. 1). Diese Ausführungen können im Berufungsverfahren aufgrund von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht mehr berücksichtigt werden, da der Beklagte sie nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht hatte (vgl. Prot. VI S. 8), obwohl er dazu in der Lage gewesen wäre. So unterliess es der Beklagte vor Erstinstanz, explizit die Behauptung der Klägerin zu bestreiten, dass sie den Hund vor zwei Jahren zu ihrem Geburtstag geschenkt erhalten habe (Prot. VI S. 7 f.). Er führte dazu einzig aus, dass er den Hund als Familienhund angesehen habe. Er habe den Eintrag auf der Gemeinde extra ändern und den Namen der Klägerin

eintragen lassen, damit sie eine Beziehung zum Hund aufbauen könne (Prot. VI S. 8). c) Der Beklagte führt in seiner Berufungsschrift sodann weiter aus, die Änderung des Heimtierausweises sei geschehen, da er die Klägerin in die Verantwortung habe nehmen wollen, damit sie auch sehe, dass Pflege und Kosten für einen Hund entstehen würden und sie deshalb die Notwendigkeit erkennen würde, eine

- 7 - Arbeit zu suchen, um etwas zu ihrem gemeinsamen Lebensunterhalt beizusteuern (Urk. 19 Ziff. 2). Auch diese Behauptung ist erstmals im Berufungsverfahren vorgebracht worden und daher im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht mehr zuzulassen. Zudem widerspricht sie der Aussage des Beklagten anlässlich der Verhandlung vom 25. November 2014, er habe den Eintrag auf der Gemeinde auf den Namen der Klägerin ändern lassen, damit diese eine Beziehung zum Hund aufbauen könne (Prot. VI S. 8). d) Ferner macht der Beklagte in seiner Berufungsschrift geltend, ihn belaste sehr, dass die Klägerin den Hund für ihre Zwecke instrumentalisiere, indem sie die Winterkleider der Kleinen zerschneide, Spielsachen wegwerfe und ihm den Hund auch schon gewaltsam entzogen habe, als er mit ihm spazieren gewesen sei, da sie davon ausgegangen sei, er brauche den Hund zum Flirten. Für diese Vorwürfe gebe es Zeugen, die das mit eigenen Augen gesehen hätten und nicht aus seiner Familie stammen würden, sondern Passanten am See, Leute aus der Nachbarschaft und Freunde seien (Urk. 19 Ziff. 4 f.). Auch diese Vorbringen sind aufgrund von Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen, da sie im erstinstanzlichen Verfahren nicht erwähnt wurden, obwohl dem Beklagten dies möglich gewesen wäre. e) Schliesslich bringt der Beklagte in seiner Berufungsschrift vor, er möchte nochmals beteuern, dass er für alle Kosten des Hundes alleine aufgekommen sei und dies auch zurzeit noch tun würde (Urk. 19 Ziff. 3). Er möchte darauf aufmerksam machen, dass auch in der nächsten Zeit der Hund (E. \_\_\_\_\_) bei ihm sicher versorgt sei durch ein Netzwerk von anderen Hundehaltern in unmittelbarer Nähe, welche sich darauf freuen würden, dass ihre Hunde allesamt artgerecht spielen und leben könnten (Urk. 19 Ziff. 6). Die Vorinstanz führte im angefochtenen Urteil zu Recht aus, dass das Gericht dann keine Handhabe zur Anordnung der Tierhaltung durch einen bestimmten Ehegatten mehr habe, wenn ein Ehegatte an einem Haustier Alleineigentum

- 8 - habe. Dem Beklagten gelingt es ihm Berufungsverfahren nicht glaubhaft darzulegen, dass die Klägerin nicht zufolge Schenkung Alleineigentümerin des Hundes sei. Seine vorstehenden Ausführungen betreffend die Kosten sowie die zukünftige Haltung des Hundes können daher nichts an der erstinstanzlichen Anordnung ändern, dass er den Hund auf erstes Verlangen der Klägerin hin ihr wird herauszugeben haben. Seine Berufung ist demnach abzuweisen.

#### **E. 4**

Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die Berufung war wie aufgezeigt von vornherein aussichtslos, weshalb dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren die von ihm beantragte unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 19 S. 2) nicht gewährt werden kann.

#### **E. 5**

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 1 lit. b, § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 auf Fr. 1'200.– festzusetzen und gemäss

Art. 106 Abs. 1 ZPO dem Beklagten aufzuerlegen. Der Klägerin ist mangels wesentlicher Umtriebe für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zuzusprechen. Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.