

ZH_OBERGERICHT LE150074 vom 11. März 2016

ZH Obergericht, 2016-03-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE150074

FR: ZH_OBERGERICHT LE150074 du 11 mars 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LE150074 del 11 marzo 2016

Erwägungen

E. 2

Dem Beschuldigten wird im Sinne einer Ersatzmassnahme nach Art. 237 Abs. 2 lit. g StPO untersagt, mit A._____ in irgendeiner Weise (persönlich, telefonisch, schriftlich, SMS, Mail etc.) Kontakt aufzunehmen oder durch Drittpersonen aufnehmen zu lassen.

E. 2.1

Mit Eingabe vom 3. März 2016 stellte die Gesuchstellerin erneut ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 26). Sie macht geltend, sie verweise bezüglich der Bedarfspositionen insbesondere auf Urk. 4/49 sowie auf die vor Vorinstanz eingereichten Unterlagen zu ihren finanziellen Verhältnissen. Es gehe dabei nicht an, die Kosten für die Grossmutter gänzlich unberücksichtigt zu lassen, wie dies die Kammer in ihrem Beschluss vom 24. Februar 2016 getan habe. Unzweifelhaft sei eine Kinderbetreuung notwendig, die vorliegend durch die Grossmutter erfolge. Die Kosten für eine Fremdbetreuung im Rahmen einer Kinderkrippe o.ä. würden sich ebenfalls auf mind. Fr. 2'000.– belaufen, allein für die Tochter. Die von der Gesuchstellerin für ihre Mutter geltend gemachten Kosten betragen insgesamt Fr. 1'396.– und seien damit wesentlich kostengünstiger als eine institutionelle Fremdbetreuung (Urk. 26 S. 1). Zudem reichte die Gesuchstellerin eine Änderung ihres Arbeitsvertrags vom 22. Dezember 2015 zu den Akten, aus welcher ein 80 %-Pensum ab 1. Januar 2016 hervorgeht (Urk. 27). Es resultiere ein Nettoeinkommen von Fr. 7'656.–. Damit zeige sich, dass der Bedarf von Fr. 7'784.– gemäss Beschluss der Kammer vom 24. Februar 2016 durch ihr Einkommen nicht gedeckt werden könne. Die Gesuchstellerin suche nach einer neuen Wohnung, da ihr die eheliche Wohnung bislang nicht zugeteilt worden sei. Entsprechend sei ihr ein angemessener Mietzins einzusetzen – ob nun für die bisherige eheliche Wohnung oder für eine andere angemessene Wohnung (Urk. 26 S. 2).

E. 2.2

Die Gesuchstellerin setzt sich mit den Erwägungen im Beschluss vom 24. Februar 2016 nicht genügend auseinander, wonach die Grossmutter offenbar eine Rente erhält und ihre finanzielle Situation in der Schweiz damit gesichert erscheint, auch wenn sie von der Gesuchstellerin nicht mehr für die Kinderbetreuung gebraucht werden sollte (Urk. 22 S. 3). Es ist damit nach wie vor unklar, für welche Kosten der Grossmutter die Gesuchstellerin effektiv aufkommt. Die geltend gemachten Kosten können damit nicht vollumfänglich berücksichtigt werden; ermessensweise sind der Gesuchstellerin Fremdbetreuungskosten von Fr. 800.–

- 18 - in ihrem Bedarf anzurechnen. Im Übrigen resultierte der Höchstbedarf von Fr. 7'784.– gemäss Beschluss vom 24. Februar 2016 allein aufgrund der Nichtberücksichtigung der geltend gemachten Gesundheits-/Zahnartzkosten, Lebensversicherung/Säule 3a sowie Unterhaltszahlungen (Urk. 22 S. 4). Weiter war der Bedarf nicht zu kürzen, da ein

Überschuss augenfällig war. Die Gesuchstellerin macht nach wie vor nicht geltend, weshalb die Position Krankenversicherung gemäss VVG im Betrag von Fr. 208.20 (Urk. 5/12/17+19+20) berücksichtigt werden müsste (vgl. dazu BGer 5A_774/2015 E.4.2), und reicht für die Position "Reiten I. _____" im Betrag von Fr. 400.– (Urk. 4/49) keine Urkunde ein (vgl. Urk. 22 S. 4). Damit resultiert ein Bedarf von Fr. 6'579.80 (vgl. Urk. 22 S. 3 ff. und Urk. 4/49; Fr. 7'784.– – Fr. 400.– [Reiten I. _____] – Fr. 208.20 [VVG] – Fr. 596.– [Anteil Fremdbetreuungskosten]). Im Übrigen scheint die Gesuchstellerin derzeit weder für die Kosten der ehelichen Wohnung noch für die von ihr und den Kindern aktuell bewohnte Übergangswohnung aufzukommen. Da hinsichtlich der Mittellosigkeit der Gesuchstellerin darauf abgestellt wird, ob sie mit dem zu errechnenden Überschuss in der Lage ist, die für das Berufungsverfahren anfallenden Kosten innerhalb eines Jahres zu bezahlen (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 222 mit Hinweisen), sind ihr jedoch Wohnkosten anzurechnen. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesuchstellerin während eines Jahres keine Wohnkosten anfallen werden. Es ist dabei auf den Mietzins der ehelichen Wohnung von Fr. 1'930.– (Urk. 4/49 und 5/12/15) abzustellen. Die Grundbeträge der Kinder sind wie bereits im Beschluss vom 24. Februar 2016 voll zu berücksichtigen, da die Gesuchstellerin offenbar in der Zeit, wenn die Kinder beim Gesuchsgegner sind, diese mit Lebensmitteln versorgt (Urk. 22 S. 5). Es bleibt damit beim oben berechneten Bedarf. Die Gesuchstellerin beruft sich auf ein aktuelles Einkommen von Fr. 7'656.– für ein 80 %-Pensum. Sie hat die Reduktion ihres Arbeitspensums per 1. Januar 2016 mit Urk. 27 glaubhaft gemacht. Aus dem Effektivitätsgrundsatz folgt, dass der Verzicht der Gesuchstellerin auf Erzielung von Einkommen sowie die Möglichkeit/Zumutbarkeit, ein höheres Einkommen zu erzielen, als sie tatsächlich realisiert, unerheblich sind (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 9 mit Hinweisen). Damit ist ihr aktuelles Einkommen von Fr. 7'656.– (80 % von Fr. 9'570.–, Urk. 22 S. 3) ihrem Bedarf von Fr. 6'579.80 gegenüberzustellen. Die Gesuchstellerin ist mit einem Überschuss von monatlich rund Fr. 1'000.– in der Lage, die für das vorliegende Berufungsverfahren anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten (s. E. 1 oben) innerhalb eines Jahres zu bezahlen. Die Gesuchstellerin kann damit nicht als bedürftig gelten. Wie die vorstehenden Erwägungen (E. II.5.1 bis 5.3) zeigen, muss zudem die Berufung – so wie sie begründet wurde – als von Anfang an aussichtslos bezeichnet werden. Ihr Gesuch, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X1. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bewilligen, ist damit abzuweisen (Art. 117 ZPO). Ohnehin sind Rechtsanwältin X1. _____, die erst am 9. Februar 2016 mandatiert wurde (Urk. 20), im vorliegenden Berufungsverfahren keine gemäss AnwGebV vergütungspflichtige Aufwendungen entstanden. 3. Die Anträge des Gesuchsgegners, es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, ihm für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 2'500.– zu zahlen, bzw. eventualiter sei ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 7 S. 1), sind aufgrund des Prozessausgangs abzuschreiben. Es wird beschlossen:

E. 3

Kosten- und Entschädigungsfolgen Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Hauptverfahren entschieden."

- 6 - Diese Vereinbarung wurde mit Verfügung vom 23. Oktober 2015 genehmigt und das gegen den Gesuchsgegner angeordnete Rayon- und Betretverbot wurde im Umfang von Ziffer 1 dieser Teilvereinbarung aufgehoben (Urk. 5/17 S. 3 f.). 1.3. Am 5. November 2015

hob die Staatsanwaltschaft Zürich – Limmat die mit Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts am Bezirksgericht Zürich vom 20. August 2015 angeordneten Ersatzmassnahmen teilweise im Sinne der obigen Vereinbarung auf (Urk. 5/22/42 S. 2). 1.4. Mit Verfügung vom 18. November 2015 wurden die Parteien schliesslich auf den 28. Januar 2016 zur mündlichen Verhandlung vorgeladen (Urk. 5/20).

E. 3.1

Die Gesuchstellerin bringt in ihrer Berufung vor, dass eine Teilaufhebung des Betret- und Rayonverbots in den Anträgen zu den superprovisorischen Massnahmen vor Vorinstanz versehentlich unterlassen worden sei; es wäre der Vorinstanz jedoch unbenommen gewesen, das Betret- und Rayonverbot zur Ausübung des Besuchsrechts in diesem Sinne zu beschränken. Der psychische Zu-

- 9 - stand der Gesuchstellerin sei angeschlagen und die ungeklärte Situation belaste sie sehr. Zudem sei sie erwerbstätig und komme finanziell für die Familie auf. Der Gesuchsgegner sei bis heute hinsichtlich seines Fehlverhaltens uneinsichtig und wolle das Zusammenleben entgegen dem erklärten Willen der Gesuchstellerin wieder aufnehmen. Aufgrund der angespannten ehelichen Situation bestehe die Gefahr, dass die Gesuchstellerin erneut Opfer häuslicher Gewalt werde und die Kinder dies miterleben müssten. Sie habe aus Angst vor erneuter häuslicher Gewalt nach Rücksprache mit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) am Freitag, den 27. November 2015, mit den Kindern die eheliche Wohnung verlassen und habe sich in die Wohnung einer Kollegin an der N.____-Strasse ... in ... Zürich begeben. Weiter macht die Gesuchstellerin geltend, dass sich der Gesuchsgegner in der Folge nicht an das vereinbarte Besuchsrecht gehalten habe. Er habe auf die Übergabe sowohl des Wohnungsschlüssels als auch der Kinder gedrängt. Hierauf habe sie ihm den Wohnungsschlüssel übergeben; die Kinder habe sie aus Angst, er könnte diese zurückbehalten, nicht übergeben. Am Donnerstag, den 3. Dezember 2015, habe der Gesuchsgegner die Kinder nicht zur vereinbarten Zeit zurückgebracht und habe mitgeteilt, dass diese bei ihm in der ehelichen Wohnung blieben; die Gesuchstellerin könne die Kinder in der ehelichen Wohnung betreuen. Seither würden sich die Kinder beim Gesuchsgegner aufhalten und sie selber fühle sich in einem Dilemma. Sie erlebe das Agieren des Gesuchsgegners als Nötigung. Entsprechend sei sie dringend auf die alleinige Benutzung der ehelichen Wohnung für sich und die Kinder angewiesen. Sie sei aufgrund der erlebten häuslichen Gewalt psychisch schwer belastet. Um weitere, gravierende, psychische und physische Belastungen zu vermeiden, sei ein Betret-, Kontakt- und Rayonverbot – unter Aufhebung des Betret- und Rayonverbotes im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht – zu erlassen. Der Gesuchsgegner bedränge sie nämlich trotz Kontaktverbot mit SMS und drohe, sich etwas anzutun. Er versuche, sie mit dem Vorenthalten der Kinder unter Druck zu setzen und sie so zur Rückkehr in die eheliche Wohnung und zur Wiederaufnahme des Zusammenlebens zu bewegen. Es bestehe damit eine anhaltend angespannte Situation, welche bei einem Zusammenleben zu einer erneuten Gefährdung der Gesuchstellerin führen könne. Schliesslich werde auch das Kindeswohl durch die Span-

- 10 - nungen zwischen den Parteien und die ungeklärte Nutzung der ehelichen Wohnung gefährdet, da der Gesuchsgegner die Kinder offenbar instruiere und instrumentalisiere; er benutze sie als eigentliches Pfand. Schliesslich seien die superprovisorische Zuweisung der ehelichen Wohnung an die Gesuchstellerin und der Erlass der Schutzmassnahmen verhältnismässig, da ein gesundheitlicher Schaden der Gesuchstellerin allenfalls nicht

wieder gutzumachen und höher zu gewichten sei als der Wunsch des Gesuchsgegners, in der ehelichen Wohnung zu verbleiben. Den Kindern solle ermöglicht werden, im gewohnten Umfeld mit den bisherigen Betreuungspersonen, nämlich der Gesuchstellerin und deren Mutter, zu verbleiben. So habe der Gesuchsgegner in der Vergangenheit nur begrenzte Betreuungsaufgaben übernommen und sein Betreuungsrecht sei vorsorglich für die Dauer des Verfahrens bereits geregelt worden (Urk. 1 S. 6 ff.).

E. 3.2

Der Gesuchsgegner erklärt in seiner Berufungsantwort, dass sich die Parteien – nachdem die Gesuchstellerin am 27. November 2015 aus dem gemeinsamen Haushalt ausgezogen und in eine bis Ende März 2016 leer stehende Wohnung einer Arbeitskollegin an der N.____-Strasse ... in ... Zürich-O.____ gezogen sei – am 10./11. Dezember 2015 mit Hilfe ihrer Rechtsvertreter auf folgende Obhuts- und Betreuungsregelung geeinigt hätten: Der Gesuchsgegner übernimmt die Betreuungsverantwortung für die Kinder von jeweils Mittwoch, 10.00 Uhr, bis Samstag, 19.00 Uhr. Die Gesuchstellerin betreut die Kinder von jeweils Samstag, 19.00 Uhr, bis Mittwoch, 10.00 Uhr (Urk. 7 S. 5 und Urk. 9/1). Zudem macht der Gesuchsgegner geltend, die Parteien hätten sich für die Dauer der Weihnachtsferien 2015 gar ohne Hilfe ihrer Rechtsvertreter gemeinsam auf einen angepassten Betreuungsplan geeinigt (Urk. 7 S. 5 unter Hinweis auf Urk. 9/2). Es sei den Parteien und ihren rechtskundigen Vertretern klar gewesen, dass die provisorisch vereinbarte Obhuts- und Betreuungsregelung mit dem Wegfall der erwähnten Wegweisung- und Kontaktverbote am 20. bzw. 28. November 2015 und also mit der Rückkehr des Gesuchsgegners in den Familienhaushalt wegfallen würden, zumal die Gesuchstellerin voll erwerbstätig und gar nicht in der Lage sei, die Kinder selber hauptsächlich zu betreuen (Urk. 7 S. 4). Die Übergabe der Kinder finde aktuell in aller Regel direkt zwischen den Eltern statt und sie würden anlässlich dieser Treffen und daneben fast täglich auch per Kurznachricht-

- 11 - ten sämtliche notwendigen Informationen über die Kinder austauschen. Am 23. Dezember 2015 hätten die Eheleute mit den Kindern gar einen ganzen Nachmittag von 14.00 Uhr bis 19.00 Uhr in der Stadt beim Einkaufsbummel verbracht. Selbst wenn die bestrittene Sachverhaltsdarstellung in der Berufungsschrift vom 7. Dezember 2015 ganz oder teilweise zutreffen sollte, sei diese zur Zeit der Berufungsantwort gänzlich überholt (Urk. 7 S. 6). Nachdem die Hauptverhandlung bereits auf den 28. Januar 2015 angesetzt sei und die Gesuchstellerin schliesslich mindestens für die Dauer des erstinstanzlichen Hauptverfahrens über eine angemessene Unterkunft für sich und die Kinder ausserhalb der Familienwohnung verfüge, während der Gesuchsgegner mangels Familienangehörigen und eines grossen Freundeskreises in der Schweiz während der Dauer seiner Wegweisung bis 27. November 2015 fast täglich wechselnd bei Kollegen und Bekannten auf dem Sofa habe übernachten müssen, bestehe keine Notwendigkeit für die vorsorgliche Zuteilung der Familienwohnung an die Gesuchstellerin und eine nur stundenweise Betreuung der Kinder durch ihren arbeitslosen und zwischenzeitlich ausgesteuerten Vater im Eheschutzverfahren (Urk. 7 S. 6 f.).

E. 3.3

Die Gesuchstellerin erwiderte mit Eingabe vom 19. Januar 2016, dass es nur zur Vereinbarung vom 10./11. Dezember 2015 gekommen sei, weil der Gesuchsgegner ihr die Kinder vorenthalten und sie damit unter Druck gesetzt habe. Die Parteien hätten die

einvernehmliche Feiertagsregelung getroffen, weil der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners in der Woche vor den Feiertagen eine dies- bezügliche Anfrage der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin nicht beantwortet habe. Die Gesuchstellerin habe deshalb das direkte Gespräch mit dem Gesuchs- gegner gesucht. Nach langen und belastenden Diskussionen hätten sie schliess- lich eine Einigung erzielt (Urk. 11 S. 3). Die Gesuchstellerin sei von I.____s ...schule darüber informiert worden, dass er der Witterung unangepasste Kleider trage. Frau P.____, die Schulleitern, habe bestätigt, dass I.____ während der Betreuungszeit des Gesuchsgegners praktisch nie rechtzeitig parat gewesen sei, wenn er mit dem Taxi abgeholt worden sei; zudem sei es zu grosser Unpünktlich- keit beim Abholen gekommen (Urk. 11 S. 3 unter Hinweis auf Urk. 12). Den Kin- dern gehe es nicht gut (Urk. 11 S. 4). Einige wenige gemeinsame Aktivitäten hät- ten während der Betreuungszeit des Gesuchsgegners stattgefunden. Er habe die

- 12 - Gesuchstellerin jeweils angerufen, weil J.____ nach der Mutter verlangt und zu ihr gewollt habe. Der Gesuchsgegner sei jedoch nicht bereit gewesen, J.____ an die Gesuchstellerin zur Betreuung zu übergeben, sondern habe sich mit ihr und J.____ treffen wollen, um gemeinsam etwas zu unternehmen. Um J.____s wil- len habe sich die Gesuchstellerin deshalb mit dem Gesuchsgegner getroffen (Urk. 11 S. 4). Zu ihrer Wohnsituation führte die Gesuchstellerin aus, sie habe ak- tuell eine vorübergehende Wohnmöglichkeit in einer 2-Zimmerwohnung für mo- natlich Fr. 1'600.– zuzüglich Fr. 25.– für Strom gefunden. Sie lebe mit ihrer Mutter und den beiden Kindern in beengten Verhältnissen. Seit dem 1. Januar 2016 ha- be sie ihr Pensum auf 80% reduziert, damit sie die Kinder vermehrt persönlich be- treuen und ihnen grössere Stabilität bieten könne (Urk. 11 S. 4). Mit Eingabe vom 9. Februar 2016 reichte die Gesuchstellerin einen Abklä- rungsbericht des Sozialzentrums Q.____ vom 21. Dezember 2015 zu den Akten (Urk. 15). Das Sozialzentrum Q.____ war aufgrund des Gewaltschutzverfahrens mit der Abklärung des Kindeswohls beauftragt worden. Der Abklärungsbericht empfiehlt die Errichtung einer umfassenden Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB. Der Bericht kommt zum Schluss, dass die Kinder vom Ge- suchsgegner instrumentalisiert würden, indem er sie für seine Bedürfnisse einset- ze. Der Gesuchsgegner halte I.____ für gesund, was nicht der Realität entspre- che. Mit seiner Einstellung werde er den Bedürfnissen von I.____ nicht gerecht, und es bestehe die Gefahr einer Überforderung im Umgang mit dem Kind. Der Gesuchsgegner sei nicht in der Lage, das Wohl der Kinder über seine persönli- chen Bedürfnisse zu stellen. Die Gesuchstellerin und deren Mutter hätten Res- sourcen im Umgang und der Erziehung der beiden Kinder und pflegten einen lie- bevollen Umgang mit ihnen. Die Mutter werde von allen involvierten Fachperso- nen als kompetent und liebevoll im Umgang mit den Kindern wahrgenommen. Wie der Vater mit den Kindern umgehe, habe nicht beobachtet werden können, da der geplante Termin mit dem Gesuchsgegner und den Kindern nicht wahrge- nommen worden sei (Urk. 15 S. 6 f.). In die gleiche Richtung geht der Bericht der ...schule K.____ vom 18. Januar 2016 (Urk. 12).

- 13 -

E. 3.4

Mit Eingabe vom 19. Februar 2016 machte der Gesuchsgegner schliesslich geltend, der eingereichte Bericht der Schulleiterin der ...schule K.____ (Urk. 12) sei gestützt auf einseitige Information der Gesuchstellerin von deren Rechtsvertreterin eingeholt worden und gebe in offenkundig parteilicher Art und Weise einseitig einzig Versäumnisse des Gesuchsgegners wieder. Soweit diese denn überhaupt zutreffen würden, seien sie darauf

zurückzuführen, dass er von der Kindsmutter zuerst in keiner Weise und später nur unvollständig über die schulischen und weiteren Abläufe und Termine des Sohnes I. _____ in der externen ...schule aufgeklärt worden sei, weshalb es seit der Rückkehr der Kinder unter die Obhut des Gesuchsgegners Anfang Dezember 2015 bis Anfang Januar 2016 zu diversen Missverständnissen und Verwirrungen gekommen sei. In der Folge habe er jedoch alle erforderlichen Informationen direkt bei der Schule eingeholt und seither würden die Termine tadellos funktionieren. Auch der von der Gesuchstellerin eingereichte und ihm zuvor unbekannt Abklärungsbericht des Sozialzentrums Q. _____ vom 21. Dezember 2015 (Urk. 15) erweise sich als äusserst einseitig und beruhe weit überwiegend auf – teils nachweislich falschen – Angaben der Gesuchstellerin und von deren Mutter sowie auf Angaben von bis dahin ausschliesslich von der Gesuchstellerin und damit gänzlich einseitig instruierten weiteren Personen wie der Schulleiterin. Die unterdessen seit ca. 10. Dezember 2015 und folglich bereits seit rund zweieinhalb Monaten praktizierte je hälftige Betreuung der Kinder durch die Gesuchstellerin und den Gesuchsgegner habe sich zwischenzeitlich sehr gut eingespielt. Die Gesuchstellerin scheine kein Interesse mehr an einer Aufrechterhaltung des Mietvertrags der Familienwohnung und also an einer Rückkehr dorthin zu haben. Der Gesuchsgegner habe kürzlich via eine Mahnung mit Kündigungsandrohung davon erfahren, dass die Gesuchstellerin ohne jede Information an ihn bereits seit Anfang Januar 2016 die Bezahlung des Mietzinses für die Familienwohnung eingestellt habe, weshalb er notfallmässig die Sozialhilfe um ergänzende Unterstützung habe ersuchen müssen (Urk. 21 S. 2 f.).

E. 4

Vorsorgliche Massnahmen können unter den allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 261 ff. ZPO grundsätzlich auch im Eheschutzverfahren erlassen werden (vgl. Pfänder Baumann, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 10; OGer ZH

- 14 - LE140004 vom 4. März 2014, E. III./2.1). Vorsorgliche Massnahmen regeln das in der Hauptsache umstrittene Rechtsverhältnis für die Dauer des Verfahrens. Bereits das Eheschutzverfahren dient jedoch der schnellen Schaffung einer einstweiligen Regelung und zielt nicht auf die endgültige Regelung der Verhältnisse ab. Dies gilt für vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren noch stärker; es besteht eine noch stärkere zeitliche Dringlichkeit und deren erwartete Geltungsdauer ist noch kürzer. Dabei ist der besondere eherechtliche Kontext zu beachten. Wie auch bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren (vgl. Schwander, OFK-ZPO, Art. 276 N 14) kommt dem Kriterium des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) in Eheschutzverfahren eine geringe Bedeutung zu, geht es doch darum, die möglichen Konfliktpunkte zwischen den Parteien sofort durch eine "Friedensordnung" unter den Eheleuten zu beseitigen. Insofern genügt es zu prüfen, ob das Anliegen der gesuchstellenden Partei berechtigt ist. Des Nachweises eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils im engeren Sinn von Art. 261 ZPO bedarf es dazu nicht (vgl. FamPra.ch 2013, S. 214). Die weiteren glaubhaft zu machenden Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind das Vorliegen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, eine Gefährdung oder Verletzung dieses Anspruchs sowie das Bestehen einer zeitlichen Dringlichkeit. Schliesslich ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten; die Massnahme soll nicht weiter gehen, als es zum Schutz des Anspruchs notwendig ist (Art. 261 Abs. 1 ZPO; Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 261 ZPO N 17 ff.). 5.1. Die Gesuchstellerin begründet ihren Antrag auf Wohnungszuteilung mit

der angedrohten Selbstgefährdung des Gesuchsgegners, mit der Unzumutbarkeit des Zusammenlebens, mit der Gefahr erneuter häuslicher Gewalt und mit ihrer psychischen und physischen Belastung. Die Gefährdung bei erneutem Zusammenleben ist ohne weiteres glaubhaft. Im Vordergrund steht allerdings die Frage der Dringlichkeit der Wohnungszuteilung. Die Gesuchstellerin wohnt derzeit in der Wohnung einer Kollegin und hält sich nicht in der ehelichen Wohnung auf. Damit besteht aktuell keine Gefahr, dass sie erneut Opfer häuslicher Gewalt würde und die Kinder dies – wie von ihr ausgeführt – miterleben müssten, zumal die Überga-

- 15 - be nicht in der ehelichen Wohnung stattfindet (vgl. Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 12). Die Parteien hatten anlässlich der Einigungsverhandlung vor Vorinstanz am 22. Oktober 2015 eine Vereinbarung betreffend Betreuung der Kinder getroffen (Urk. 5/16). Angesichts der Betreuungsregelung mit Bestimmung der Übergabeorte und der Gewaltschutzmassnahmen erscheint klar, dass die Parteien eigentlich davon ausgingen, dass die Gesuchstellerin die Wohnung zusammen mit den Kindern benützt. Nur wurde das nicht geregelt. Da die Wohnungszuteilung letztlich von der – von der Vorinstanz zu beurteilenden – Obhuts- und Betreuungsregelung abhängen wird (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB; BGer 5A_766/2008 vom 4. Februar 2009, E. 3.1 und 3.2 mit Hinweisen) und die Gesuchstellerin und die Kinder derzeit über eine (wenn auch beengte) Wohnmöglichkeit verfügen, ist der Antrag der Gesuchstellerin auf vorsorgliche Zuweisung der ehelichen Wohnung mangels Dringlichkeit abzuweisen. 5.2. Die gerichtlich genehmigte Regelung des Besuchsrechts gilt – im Streitfall – nach wie vor. Die Gesuchstellerin weist zu Recht darauf hin, dass in der Teilvereinbarung über vorsorgliche Massnahmen festgehalten wurde, dass die Regelung bis auf weiteres und unpräjudiziell für die im Hauptverfahren zu regelnde Obhuts- und Betreuungsregelung gelte. Es wurde keine weitere Einschränkung vorgenommen, insbesondere keine Aufhebung der Betreuungsregelung bei einem allfälligen Wegfall der Kontakt- und Rayonverbote (Urk. 11 S. 2). Für alle Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt uneingeschränkt die Untersuchungs- und Officialmaxime. Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und ist nicht an die Parteienanträge gebunden (Art. 296 ZPO). Eine von den Parteien getroffene Vereinbarung betreffend Kinderbelange wird vom Gericht dementsprechend als übereinstimmender Parteienantrag entgegengenommen und auf Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl hin geprüft (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 17 und 117). Die Vorinstanz wird die heute gelebte Obhuts- und Betreuungsregelung gemäss schriftlicher Vereinbarung vom 10./11. Dezember 2015 (Urk. 9/1) baldmöglichst auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl zu prüfen haben, wozu sich freilich eine erneute Anhörung der Parteien als notwendig erweisen könnte (vgl. etwa Urk. 11 S. 3 Ziff. 7; dazu sind ihr die Akten ausnahmsweise bereits vor Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Bun-

- 16 - desgericht mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen). Der Eventualantrag auf erneute vorsorgliche Regelung der Betreuungsverantwortung ist damit ebenfalls abzuweisen. 5.3. Schliesslich ist auch in Bezug auf das eventualiter angebehrte Kontakt- und Rayonverbot keine Dringlichkeit aufgrund einer akuten Gefährdung der Gesuchstellerin auszumachen, nachdem sie selber Kontakt zum Gesuchsgegner aufgenommen und diesen gar aufgefordert hatte, sich mit ihr in Verbindung zu setzen bzw. sie zu informieren und mit ihr zu reden, bevor er irgendetwas (in Bezug auf die Kinder) mache (Urk. 4/48 Seite 8). Inzwischen haben die Parteien, wie bereits erwähnt, offenbar auch verschiedentlich gemeinsam Zeit mit den Kindern verbracht. Hierbei wird nicht übersehen,

dass die Gesuchstellerin geltend macht, sie sei dazu nur bereit gewesen, da ihre Tochter nach ihr verlangt habe, der Gesuchsgegner ihr aber J._____ nicht habe alleine übergeben wollen. Aufgrund der aktuell geteilten Kinderbetreuung sind die Parteien darauf angewiesen, sich regelmäßig über die Kinderbelange auszutauschen. Entsprechend ist auch das eventualiter gestellte Begehren um vorsorgliche Anordnung eines Kontakt- und Rayonverbotes abzuweisen. III. 1.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.– angemessen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 1.2. Entsprechend der Kostenverteilung ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine volle Prozessentschädigung zu bezahlen. Die für die Festsetzung der Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (Anw-GebV). Die volle Prozessentschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6

- 17 - Abs. 3, § 11 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 1'500.– (inkl. Barauslagen; der Gesuchsgegner verlangt keinen Zuschlag für die Mehrwertsteuer) festzusetzen.

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