

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE110059-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. H. A. Müller und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Kokotek

Urteil vom 13. Februar 2012

in Sachen

A._____,

Gesuchgegner und Berufungskläger

vertreten durch lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Eheschutz, vorsorgliche Massnahmen (Wohnungszuteilung)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 13. September 2011 (EE110098)

Rechtsbegehren:

(Vi Urk. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Klägerin zum Getrenntleben berechtigt zu erklären.
2. Es sei der Klägerin die Obhut über die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.1997, und D._____, geb. tt.mm.1999, der Klägerin zuzuteilen.
3. Es sei dem Beklagten ein gerichtsübliches Besuchsrecht zu gewähren.

4. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin und den Kindern angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
5. Es sei die eheliche Wohnung an der ...strasse ... in E._____ samt Hausrat und Mobiliar der Klägerin und den Kindern zur alleinigen Benützung zu überlassen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten des Beklagten.“

Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, vom 13. September 2011:

- „1. Die eheliche Wohnung an der ...str. ... in E._____ wird der Gesuchstellerin und den Kindern samt Hausrat und Mobiliar - aber mit Ausnahme der persönlichen Gegenstände des Gesuchsgegners - im Sinne einer vorsorglichen Massnahme während der Dauer des Prozesses zur alleinigen Benützung zugeteilt. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, die Wohnung bis spätestens 31. Oktober 2011 zu verlassen.
2. (Schriftliche Mitteilung)
3. (Rechtsmittelbelehrung)“

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Dispositivziff. 1 der angefochtenen Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. 09. 2011, zugestellt am 15. 09. 2011 (Prozedur-Nr. EE 110098-L/Z03) aufzuheben und die vormals eheliche Wohnung an der ...strasse ... sowie der sich darin befindliche Hausrat und das Mobiliar seien für die Dauer der Trennung dem Berufungskläger zum ausschliesslichen Gebrauch zuzuweisen.
2. Die Vollstreckung der angefochtenen Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. 09. 2011, zugestellt am 15. 09. 2011 (Prozedur-Nr. EE 110098-L/Z03) sei gestützt auf Art. 315 Abs. 5 ZPO aufzuschieben.
3. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge für das vorsorgliche Massnahmeverfahren vor Bezirksgericht Zürich und für das Berufungsverfahren vor Obergericht des Kantons Zürich zu Lasten der Berufungsbeklagten.“

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 7 S. 2):

- „1. Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung umgehend zu entziehen bzw. die Aufschiebung der Vollstreckbarkeit der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren (5. Abteilung) vom 13. September 2011 umgehend aufzuheben.
2. Es sei die Berufung abzuweisen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich (5. Abteilung) vom 13. September 2011 zu bestätigen.
3. Es sei der Gesuchsteller und Berufungskläger zu verpflichten, der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten einen Prozesskostenvorschuss von CHF 5 000.00 zu leisten.

Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten des Gesuchsgegners und Berufungsklägers.

Erwägungen:

I.

1. Am 1. April 2011 stellte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Gesuch um Anordnung von Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 175 f. ZGB (Vi Urk. 1).
2. Anlässlich der Verhandlung vom 3. Mai 2011 stellte die Gesuchstellerin das superprovisorische Begehren, die eheliche Wohnung an der ...strasse ... in E._____ sei ihr und den Kindern samt Hausrat und Mobiliar sofort zur alleinigen Benützung zuzuweisen (Vi Urk. 7 S. 1 und 6 f.). Mit Verfügung vom 5. Mai 2011 wies der Vorderrichter das superprovisorische Begehren ab (Vi Urk. 14).
3. Mit Verfügung vom 13. September 2011 wies der Vorderrichter die eheliche Wohnung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Eheschutzverfahrens der Gesuchstellerin zu (Urk. 2).

4. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsgegner Berufung am 26. September 2011 mit dem eingangs aufgeführten Antrag (Urk. 1 S. 2).
5. Mit Verfügung vom 28. September 2011 wurde der Berufung des Gesuchsgegners aufschiebende Wirkung erteilt (Dispositiv-Ziffer 1, Urk. 4).
6. Am 10. Oktober 2011 bezahlte der Gesuchsgegner die ihm mit Verfügung vom 28. September 2011 auferlegte Kautions von Fr. 3'000.– (Urk. 4).
7. Am 14. November 2011 erstattete die Gesuchstellerin die Berufungsantwort mit dem eingangs aufgeführten Antrag (Urk. 7)
8. Am 23. November 2011 wurden die Parteien zur Einigungsverhandlung auf den 20. Dezember 2011 vorgeladen (Urk. 10 und 11).
9. An der Verhandlung vom 20. Dezember 2011 konnte keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden (Prot. S. 7).
10. Beide Parteien machten weitere Eingaben (Urk. 12-14 und 17-31).

II.

1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage der Zuteilung der ehelichen Wohnung für die Dauer des vor Vorinstanz hängigen Eheschutzverfahrens. Um über die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft entscheiden zu können, ist es Aufgabe des Gerichtes, alle bestehenden Interessen der Parteien nach freiem Ermessen gegeneinander abzuwägen und die Liegenschaft demjenigen Ehegatten zuzuweisen, dem sie besser dient (ZK-Bräm/Hasenböhler N 39 f. zu Art. 176 ZGB; BK-Hausheer/Reusser/Geiser N 29 f. zu Art. 176 ZGB; Gloor, Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1987, S. 9 f.; Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 81 f.). Es ist für die Zuweisung der ehelichen Liegenschaft nicht notwendig, dass eine Partei Argumente vorbringen kann, welche kein anderes Ergebnis zulassen, als ihr die eheliche Liegenschaft zuzuweisen. Vielmehr ist zu entscheiden, welche

Partei unter Abwägung aller Vorbringen ein grösseres Interesse glaubhaft machen kann. Nur wenn nicht ausgemacht werden kann, wem die Liegenschaft den grösseren Nutzen bringt, hat derjenige auszuziehen, dem ein Auszug eher zumutbar ist (BGE 120 II 1).

2. Der Vorderrichter führte zur Begründung seines Entscheids aus, es bestehe mittlerweile Übereinkunft zwischen den Parteien, dass sie getrennt leben wollten (Urk. 2 S. 4). Die eheliche Wohnung sei daher der einen oder anderen Partei zuzuteilen. Die Frage der Obhutszuteilung sei jedoch noch offen und werde grössere Abklärungen nach sich ziehen müssen. Momentan stelle sich indes nur die Frage der Wohnungszuteilung, denn nur diese sei als vorsorgliche Massnahme verlangt, wobei die Gesuchstellerin keine Auszugsfrist geltend gemacht habe; sinngemäss habe sie an der Verhandlung den Auszug des Gesuchsgegners per Ende Frühlingsferien verlangt. Es sei festzuhalten, dass die Gesuchstellerin mit den Kindern zusammen aus der ehelichen Wohnung ausgezogen sei, als es klar gewesen sei, dass ihr diese nicht mittels superprovisorischer Massnahme zugeteilt würde (Urk. 2 S. 4 f.). Seither wohnten die beiden Kinder bei ihr, wobei sich der Sohn unter der Woche in einem Internat in F._____ aufhalte (Urk. 2 S. 5). Es liege auf der Hand, dass in erster Linie die Kinder in die eheliche Wohnung zurückkehren können müssten, zumal die Tochter in der Nähe der Schule in die Schule gehe und das Quartier die gewohnte Umgebung der Kinder darstelle. Daher habe auch die momentan die Betreuung leistende Gesuchstellerin ein überragendes Interesse an der ehelichen Wohnung. Die von der Gesuchstellerin vorgebrachten Gründe erwiesen sich für eine vorsorglich verfügte Anordnung als ausreichend, zumal die fragliche Genossenschaftswohnung sich als ideal für eine Familienwohnung erweise. Dem Gesuchsgegner sei ein Auszug aber auch darum eher zumutbar, weil er über ein festes Einkommen verfüge und so leichter einen Mietvertrag abschliessen könne. Darüber hinaus sei er selber Immobilieneigentümer und könnte sich auf Eigenbedarf berufen, wenn er einem Mieter kündigen würde. Bei dieser Ausgangslage könne offenbleiben, ob der Gesuchsgegner – wie von der Gesuchstellerin lediglich behauptet – in Tat und Wahrheit in G._____ wohne. Nicht so sehr ins Gewicht fielen allfällige körperliche Einschränkungen des Gesuchsgegners. Er verfüge fraglos über die notwendigen finanziellen Mittel,

um einen Umzug bewerkstelligen zu können. Unerheblich sei sodann, dass der Mietvertrag über die eheliche Wohnung lediglich auf den Gesuchsgegner allein laute (Urk. 2 S. 5).

3. Der Gesuchsgegner machte berufsungsweise geltend, der Vorderrichter habe einerseits den Sachverhalt in mindestens drei Punkten falsch ermittelt und andererseits den wahren Sachverhalt unrichtig gewürdigt (Urk. 1 S. 8 ff. Ziff. 2).

a) Falsch sei zunächst einmal – so der Gesuchsgegner – die Feststellung der Vorinstanz, es bestehe Übereinstimmung zwischen den Parteien, dass sie getrennt leben wollten (Urk. 1 S. 8 Ziff. 2a). Falsch sei diese Feststellung, weil der Gesuchsgegner keineswegs mit der Trennung einverstanden sei und dies auch klar geäussert habe (Urk. 1. S. 8).

Diese Rüge ist unter Hinweis auf die Aktenlage (Vi Prot. S. 5 unten und Vi Urk. 34 S. 7 unten) berechtigt, jedoch vermag der Gesuchsgegner nichts daraus abzuleiten: Unbestritten ist, dass die Gesuchstellerin mit ihrem Gesuch um Anordnung von Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 175 f. ZGB ihren unverrückbaren Trennungswillen kundgetan hat (Vi Urk. 1). Damit ist sie berechtigt, den gemeinsamen Haushalt gemäss Art. 175 ZGB aufzuheben (ZR 100 Nr. 45 S. 151 ff.; ZR 99 Nr. 67 Nr. 191 ff.) und vor Gericht die Regelung des Getrenntlebens gemäss Art. 176 ZGB – worunter auch die Zuteilung der Wohnung fällt (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) – zu verlangen.

b) aa) Falsch sei sodann – wie der Gesuchsgegner in der Berufungsschrift ausführen liess – die Annahme der Vorinstanz, die Gesuchstellerin sei mit den Kindern aus der ehelichen Wohnung ausgezogen, als klar gewesen sei, dass ihr diese nicht mittels superprovisorischer Verfügung zugeteilt würde (Urk. 1 S. 9 Ziff. 2b). Tatsache sei vielmehr – so der Gesuchsgegner –, dass die Gesuchstellerin am 6. April 2011 mit den Kindern, ihren Kleidern, ihren persönlichen Effekten und ihren Dokumenten aus der ehelichen Wohnung ausgezogen sei (Urk. 1 S. 9 Ziff. 2b mit Hinweis auf Vi Urk. 7 S. 7 Ziff. 8). Fakt sei sodann, dass die Gesuchstellerin erstmals an der Verhandlung vom 3. Mai 2011 vor Bezirksgericht Zürich, also rund einen Monat nach ihrem Auszug den Antrag gestellt habe, ihr und den

Kindern sei die eheliche Wohnung superprovisorisch zuzuteilen. Weitere Tatsache sei sodann, dass erst mit der Zustellung der Verfügung vom 5. Mai 2011 (Vl. Urk. 14, Ablehnung des superprovisorischen Antrags um Zuteilung der ehelichen Wohnung), also frühestens am 6. Mai 2011 klar gewesen sei, dass der Gesuchstellerin die Wohnung nicht superprovisorisch zugeteilt werde, also genau einen Monat nach dem erfolgten Auszug der Gesuchstellerin aus der Wohnung (Urk. 1 S. 9 Ziff. 2b).

Dieses Vorbringen anerkannte die Gesuchstellerin in der Berufungsantwort (Urk. 7 S. 10 und 12), bestritt aber die übrigen in diesem Zusammenhang vom Gesuchsgegner aufgestellten Behauptungen (Urk. 7 S. 12): Der Gesuchsgegner liess nämlich ausführen, dass mit dem Auszug aus der ehelichen Wohnung am 6. April 2011 während der Ferienabwesenheit des Gesuchsgegners, zusammen mit ihrem persönlichen Hab und Gut, ihren Kleidern und Dokumenten habe die Gesuchstellerin allerdings zum Einen klare faktische Verhältnisse geschaffen und zum Anderen ebenso klar bekundet, dass ihr an der vormals ehelichen Wohnung nicht besonders viel liege (Urk. 1 S. 10). In der Tat sei dem Bezirksgericht Zürich (Verfügung vom 5. Mai 2011) darin zuzustimmen, dass die Gesuchstellerin ihr diesbezügliches Begehren schon viel früher hätte einreichen können, ohne dabei selber aus der Wohnung ausziehen und ohne, dass ihr oder den Kindern dadurch ein ersichtlicher Nachteil erwachsen wäre. Die von ihr in diesem Zusammenhang vor Vorinstanz vorgetragene blosse, aber bestrittene Behauptung, es sei ihr und den Kindern nicht zumutbar gewesen, für die Dauer des Trennungsverfahrens weiterhin mit dem Gesuchsgegner unter einem Dach zu wohnen, bis ein diesbezüglicher Entscheid gefällt sei, erweise sich als vordergründig. Weder habe nämlich der Gesuchsgegner die Gesuchstellerin jemals gedrängt, genötigt, geschlagen oder Derartiges. Nämliches gelte für die Kinder: C._____ sei bereits am 24. November 2009 fremdplatziert, und bei ihm habe eine entsprechende Unzumutbarkeit zum Vornherein nicht existieren können. Eine Unzumutbarkeit für die Tochter D._____, mit dem der Gesuchsgegner weiterhin für die Dauer des Verfahrens unter einem Dach zu wohnen, sei ohnedies in keiner Art und Weise dokumentiert und bestritten. D._____ liebe und bewundere ihren Vater. Damit bleibe es dabei, dass die Gesuchstellerin die sie nicht wirklich inte-

ressierende Wohnung selber aufgegeben habe und daran sei nunmehr – nach 6 Monaten – auch nichts mehr zu verändern (Urk. 1 S. 10).

bb) Die Gesuchstellerin liess hierzu ausführen, ihr sei es nicht zuzumuten gewesen, in Haushaltsgemeinschaft abzuwarten, wie hinsichtlich der Zuteilung der ehelichen Wohnung entschieden würde (Urk. 7 S. 12). Ihre Ängste um die körperliche und psychische Integrität von D._____, ihr eigener Gesundheitszustand sowie Ängste in Bezug auf aggressive Reaktionen des Gesuchstellers hätten sie veranlasst, die eheliche Wohnung während des Aufenthalts des Gesuchstellers auf H._____ zu verlassen (Urk. 7 S. 12). Diesbezüglich ist der Berufungsantwort Folgendes zu entnehmen:

Der Sohn C._____ (geboren tt.mm.1997) habe aufgrund seines schlechten psychischen Gesundheitszustands aus der Familie entfernt und fremdplatziert werden müssen (Urk. 7 S. 4). Der Gesuchsteller habe dem Jungen durch andauerndes Unterdrucksetzen und Herabwürdigen derartig zugesetzt, dass dieser depressiv und suizidgefährdet geworden sei und weder in schulischen noch in sozialen Belangen mehr zu funktionieren vermocht habe (Urk. 7 S. 4). Dass C._____ aus dem Familienverbund habe herausgenommen werden müssen, sei nachweislich auf den unsensiblen, kindsschädigenden Umgang des Gesuchstellers mit seinem heranwachsenden Sohn zurückzuführen (Urk. 7 S. 4 mit Verweis auf Vi Urk. 3/2, Vi Urk. 31/5 und Vi Urk. 8/5).

Bei der Tochter D._____ (geboren tt.mm.1999) lägen die Verhältnisse etwas anders, denn sie sei das erklärte Lieblingskind des Gesuchstellers, dennoch müsse auch bei ihr von einer Gefährdung der kindlichen Integrität ausgegangen werden (Urk. 7 S. 4). Wie im Verfahren vor Vorinstanz dargelegt worden sei, habe die Gesuchstellerin berechnete Ängste gehabt, der Gesuchsgegner würde die Tochter einer Hormontherapie zur Förderung des Wachstums zuführen (Urk. 7 S. 4 mit Verweis auf Vi Urk. 3/3, Vi Urk. 3/4 und Vi Urk. 8/4).

Hinzu komme, dass auch die eheliche Beziehung des Gesuchsgegners gegenüber der Gesuchstellerin von Herabwürdigungen, Demütigungen und Anmassungen geprägt sei, dies bereits gleich von Beginn der Ehe an (Urk. 7

S. 4). Die Gesuchstellerin habe von vornherein möglichst wenig Rechte haben, möglichst wenig Selbständigkeit erlangen und somit auf den Gesuchsgegner angewiesen sein sollen. Gesuchstellerin wie Kinder sollten nach seiner Pfeife tanzen, sei es nicht nach seinen Vorstellungen gelaufen, habe es Häme, Herabwürdigungen sowie auch Schläge gegeben (Urk. 7 S. 5 mit Verweis auf Vi Urk. 8/6).

cc) Die Parteien stellen die zwischen ihnen gelebte Beziehung und ihr Verhältnis zu den Kindern gegensätzlich dar. Die von der Gesuchstellerin zitierten Unterlagen (Vi Urk. 3/2, Vi Urk. 31/5; Vi Urk. 8/5; Vi Urk. 3/3, Vi Urk. 3/4 und Vi Urk. 8/4), welche ihre Vorbringen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern stützen, stammen aus den Jahren 2009 und 2010 und es stellt sich damit die Frage, ob die Unterlagen – insbesondere der Bericht des KJPD Zürich vom 1. November 2009 (Vi Urk. 3/2) – noch aktuell sind. Damit kann vorliegend nicht abschliessend über die zwischen den Parteien gelebte Beziehung und das Verhältnis zwischen den Parteien und den Kindern befunden werden (vgl. dazu Urk. 12 S. 1 ff., Urk. 19/1-5, Urk. 22/1-2, Urk. 23 S. 4 ff.). Aus den gegensätzlichen Vorbringen der Parteien kann aber geschlossen werden, dass zwischen ihnen derartige Differenzen bestehen, dass ein Zusammenleben unter einem Dach für beide Parteien unzumutbar erscheint. Damit kann der Auszug aus der ehelichen Wohnung nicht als mangelndes Interesse der Gesuchstellerin an der Zuteilung der Wohnung gewertet werden. Es ist vielmehr so, dass die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch um Anordnung von Eheschutzmassnahmen vom 1. April 2011 – d.h. noch vor dem Auszug, welcher am 6. April 2011 erfolgte – den Antrag auf Zuteilung der ehelichen Wohnung stellte (Vi Urk. 1 S. 2). Damit lässt auch der Umstand, dass die Gesuchstellerin erst einen Monat später einen superprovisorischen Antrag auf Zuteilung der Wohnung stellte, nicht auf ein fehlendes Interesse an der Zuteilung der ehelichen Wohnung schliessen. Zudem ist die Gesuchstellerin – wie nachfolgend auszuführen ist – aufgrund der aktuellen Verhältnisse dringend auf die eheliche Wohnung angewiesen.

c) Der Gesuchsgegner rügte die Erwägung der Vorinstanz, dem Gesuchsgegner sei ein Auszug aus der ehelichen Wohnung eher zuzumuten, weil er selber Immobilieneigentümer sei und er sich auf Eigenbedarf berufen könne,

wenn er einem Mieter kündigen würde (Urk. 1 S. 10). Dabei übersehe die Vorinstanz zum Einen, dass eine solche Wohnungskündigung frühestens auf den nächsten ordentlichen Kündigungstermin möglich wäre, somit frühestens auf Ende März 2012. Zum Anderen werde damit übersehen, dass ein gekündigter Mieter trotzdem die Kündigung anfechten und während eines Schlichtungsverfahrens weiterhin in der gekündigten Wohnung verbleiben könnte, also wohl lange über den 31. März 2012 hinaus (Urk. 1 S. 10).

Die vom Gesuchsgegner erhobene Rüge hat ihre Berechtigung, jedoch ist die gerügte Erwägung für die Beurteilung, ob dem Gesuchsgegner ein Auszug aus der ehelichen Wohnung zumutbar ist, nicht ausschlaggebend: Vor der vom Gesuchsgegner gerügten Erwägung hielt der Vorderrichter nämlich fest, dass dem Gesuchsgegner ein Auszug eher zumutbar sei, weil er über ein festes Einkommen verfüge und so leichter einen Mietvertrag abschliessen könne (Urk. 2 S. 5). Das erweist sich als zutreffend: Der Gesuchsgegner hatte im Jahr 2009 ein steuerbares Einkommen von über Fr. 250'000.– (Vi Urk. 3/9) und im Jahr 2010 ein solches von fast Fr. 107'000.– (Urk. 9/1). Überdies ist der Gesuchsgegner in der Schweiz geboren und aufgewachsen und damit mit den hiesigen Verhältnissen vertraut (Urk. 1 S. 4). Demgegenüber kann die Gesuchstellerin nicht genug Deutsch, um sich zu verständigen, und ist mit den hiesigen Verhältnissen nicht vertraut, da sie auf den I._____ geboren und aufgewachsen ist und erst seit dem Jahre 1996 (Heirat mit dem Gesuchsgegner) in der Schweiz ist (Vi Urk. 7 S. 2 ff.; Urk. 7 S. 7 ff.). Zudem geht aus dem vor Vorinstanz eingereichten Lohnausweis hervor, dass sie im Jahre 2010 insgesamt nur Fr. 4'184.– verdiente (Vi Urk. 3/5); mittlerweile ist sie sozialhilfeabhängig geworden (Urk. 28). Die Gesuchstellerin liess ausführen, dass der Betrag von Fr. 49'000.–, welchen die Gesuchstellerin zum Zeitpunkt des Auszuges aus der ehelichen Wohnung von zwei Konten des Gesuchsgegners bezogen habe, mittlerweile aufgebraucht sei (Urk. 7 S. 14). Das ist aufgrund der als Urk. 17 eingereichten Belege glaubhaft; der Auszug ist denn auch schon fast zehn Monate her (vgl. dazu das Vorbringen des Gesuchsgegners in Urk. 1 S. 12). Wie aus der Eingabe der Gesuchstellerin vom 9. Dezember 2011 hervorgeht, hat die Gesuchstellerin denn auch Mühe, eine Wohnung zu finden (Urk. 12 S. 3); das ist einerseits mit Absagen von zwei verschiedenen Baugenos-

senschaften und andererseits durch die Tatsache, dass sie derzeit eine Notwohnung der J._____ bewohnt, belegt (Urk. 14/1-3). Wie aus dem von der Gesuchstellerin eingereichten Schreiben der J._____ vom 6. Dezember 2011 hervorgeht, endet der Notmietvertrag am 31. Januar 2012 (Urk. 14/1), so dass es dringlich erscheint, die Wohnsituation der Gesuchstellerin zu klären.

Der Gesuchsgegner behauptete unter Hinweis auf Art. 4 des Reglements der Stadt K._____ über die Notwohnungen (Urk. 25/3; nachfolgend „Reglement“), dass die Gesuchstellerin ohne Weiteres damit rechnen könne, bis mindestens Juni 2013 in der Notwohnung zu bleiben (Urk. 23 S. 7). Art. 4 Abs. 2 des Reglements lautet wie folgt: „Je nach Entwicklung der Situation können die Verträge wiederum befristet verlängert werden, maximal auf insgesamt 24 Monate.“ Gemäss Art. 1 des Reglements richtet sich das Angebot Notwohnungen an Familien, die nicht in der Lage sind, ihre Wohnungslosigkeit aus eigener Kraft abzuwenden oder zu überwinden. Die Parteien gehören aufgrund der guten finanziellen Verhältnisse des Gesuchsgegners nicht zu der von dieser Bestimmung erfassten Zielgruppe, so dass vorliegend nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Gesuchstellerin gemäss der Behauptung des Gesuchsgegners bis Juni 2013 in der Notwohnung bleiben kann (vgl. dazu auch das Vorbringen der Gesuchstellerin in Urk. 27 S. 2).

d) Der Gesuchsgegner liess in der Berufungsschrift ausführen, die Gesuchstellerin wolle offenkundig nicht in die eheliche Wohnung zurückkehren und dort verbleiben (Urk. 1 S. 12). Auf Seite 8 (erster Abschnitt) ihres Plädoyers vom 3. Mai 2011 (Vi Urk. 7) habe sie nämlich ausführen lassen, dass die Liegenschaft an der ...strasse Ende 2014 abgerissen werde und dass die Wohnung auf diesen Zeitpunkt hin verlassen werden müsse (Urk. 1 S. 12). Daher habe sie beschlossen, auf Schulanfang 2012 die Wohnung wieder aufzugeben, womit sie also die Wohnung nur vorübergehend für ein paar Monate beanspruchen wolle. Der Gesuchsgegner dagegen habe die feste Absicht, bis Ende 2014 in der Wohnung zu verbleiben. Sein praktisches Bedürfnis an der Zuteilung der Wohnung an sich sei höher zu werten als jenes der Gesuchstellerin (Urk. 1 S. 12).

Diesbezüglich liess die Gesuchstellerin ausführen, dass ein Instruktionsmissverständnis vorliege, denn die Gesuchstellerin habe gegenüber ihrer früheren Rechtsvertreterin lediglich erwähnt, dass allenfalls ab 2012 die Möglichkeit bestehe, von der ehelichen Wohnung in einen geplanten Neubau der Genossenschaft L._____ einziehen zu können (Urk. 7 S. 9). Dies aber würde bedingen, dass ihr das Recht zustehe, die eheliche Wohnung mit den Kindern weiterhin bewohnen zu können, denn bisherige Bewohner erhielten bevorzugt Gelegenheit, in den Neubau umzuziehen. Die Gesuchstellerin werde hingegen als Neubewerberin für die neuen Wohnungen nebst dem Gesuchsteller nicht akzeptiert. Die Verwaltung der Genossenschaft verlange von der Gesuchstellerin die Vorlage eines rechtskräftigen Entscheids, wenn dem Ehegatten die eheliche Wohnung zugewiesen werde (Urk. 7 S. 9).

Wie vorstehend ausgeführt, hat die Gesuchstellerin Mühe, eine Wohnung zu finden und muss per Ende Januar 2012 die Notwohnung der J._____ verlassen. In Anbetracht dieser Situation kann ausgeschlossen werden, dass sie die eheliche Wohnung per Ende Mai 2012 wieder verlässt.

Der Gesuchsgegner brachte vor, die Gesuchstellerin gestehe in dem als Urk. 25/5 eingereichten E-Mail vom 29. Dezember 2011 zu, dass sie die Möglichkeit hätte, Wohnraum ab 1. Februar 2012 zu mieten (Urk. 23 S. 7 f.). Dieses Vorbringen ist durch das eingereichte E-Mail tatsächlich belegt (Urk. 25/5), aber dem E-Mail ist ebenfalls zu entnehmen, dass die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner um Hilfe bei der Suche nach einer Wohnung bittet („[...] but you should help me to find an apartment.“). Das E-Mail ist vielmehr als Beleg dafür zu sehen, dass die Gesuchstellerin Mühe hat, aus eigener Kraft eine Wohnung zu finden.

e) Schliesslich stellte der Gesuchsgegner in der Berufungsschrift das Interesse der Kinder, in die eheliche Wohnung zurückzukehren, in Abrede (Urk. 1 S. 13 f.). Er begründete das damit, dass sich der Sohn C._____ während der Woche im Internat F._____ aufhalte (Urk. 1 S. 13) und die Tochter D._____ aufgrund des Übertritts in die Oberstufe nächstes Jahr ohnehin nicht mehr im Quartier in die Schule gehen werde (Urk. 1 S. 13 f.). Der Gesuchsgegner verkennt dabei, dass die Lebensumstände der Kinder zwar massgeblich, aber nicht nur durch die Schu-

le bestimmt werden. Beide Kinder – 12 und 14 Jahre alt – sind in der Siedlung aufgewachsen (Urk. 7 S. 16 f.), womit ihr Interesse an einer Rückkehr in die eheliche Wohnung ausgewiesen ist (vgl. dazu auch Urk. 27 S. 1 f.).

4. Die in der Berufungsschrift gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhobenen Einwände erweisen sich somit insgesamt als unbegründet. Die vom Gesuchsgegner erhobene Berufung ist damit abzuweisen. Die eheliche Wohnung an der ...str. ... in E. _____ ist der Gesuchstellerin und den Kindern samt Hausrat und Mobilien – aber mit Ausnahme der persönlichen Gegenstände des Gesuchsgegners – im Sinne einer vorsorglichen Massnahme während der Dauer des Eheschutzverfahrens zur alleinigen Benützung zuzuteilen. Der Gesuchsgegner ist zu verpflichten, die Wohnung bis spätestens 29. Februar 2012 zu verlassen. Die Auszugsfrist erscheint angesichts der Tatsache, dass der Gesuchsgegner mit einem Auszug aus der ehelichen Wohnung schon seit längerem rechnen musste, angemessen. Die vom Gesuchsgegner eingereichten Arztzeugnisse stehen dem Auszugsdatum nicht entgegen, da sie nur eine bis 29. Januar 2012 bzw. 3. Februar 2012 dauernde Arbeitsunfähigkeit bescheinigen (Urk. 23 S. 8; Urk. 25/6; Urk. 27 S. 2 f.).

III.

Da der Gesuchsgegner mit seiner Berufung unterliegt, wird er kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 95 ZPO; Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es rechtfertigt sich, die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'000.– festzusetzen (§§ 5, 6, 8 und 12 GebV OG) und der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– zuzüglich Fr. 280.– Mehrwertsteuer (8%) zuzusprechen (§§ 2, 3, 4, 6, 7, 12 und 14 AnwGebV).

IV.

1. Die Gesuchstellerin beantragte, der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu bezahlen (Urk. 7 S. 2). Da mit vorliegender Entscheid das Berufungsverfahren abgeschlossen wird, besteht für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses kein Raum mehr. Gemäss konstanter Praxis der Kammer

kann aber gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB die angesprochene Partei verpflichtet werden, der ansprechenden Partei die Prozess- und Anwaltskosten zu ersetzen, wenn die Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses erfüllt sind (sog. Prozesskostenbeitrag; ZR 85 Nr. 32).

2. Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt einerseits Bedürftigkeit des ansprechenden und andererseits Leistungsfähigkeit des angesprochenen Ehegatten voraus, wobei Mittellosigkeit gleich zu beurteilen ist wie bei der unentgeltlichen Prozessführung (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zu Art. 159-180 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1998, N 135 zu Art. 159 ZGB). Vorliegend sind diese Voraussetzungen erfüllt: Die Gesuchstellerin ist wie erwähnt sozialhilfeabhängig (Urk. 28) und erhält keine Unterhaltsbeiträge vom Gesuchsgegner (das ist unter anderem Gegenstand des vorinstanzlichen Eheschutzverfahrens), womit ihre Bedürftigkeit ausgewiesen ist. Wie ebenfalls erwähnt, hat der Gesuchsgegner ein regelmässiges Einkommen (Fr. 107'000.– im Jahre 2010 und Fr. 250'000.– im Jahre 2009, vgl. vorstehend Ziff. II.3c) und hat gemäss Steuererklärung für das Jahr 2010 ein steuerbares Vermögen von mehr als Fr. 470'000.– (Urk. 9/1).

3. Die Gesuchstellerin hat somit Anspruch auf einen Prozesskostenbeitrag. Wie aus der Berufungsantwort hervorgeht, handelt es sich bei dem verlangten Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– um die Anwaltskosten der Gesuchstellerin (18 Stunden à Fr. 250.– zuzüglich Mehrwertsteuer und Spesen, Urk. 7 S. 19 f.). Wie vorstehend unter Ziff. III ausgeführt, ist der Gesuchstellerin dem Verfahrensausgang entsprechend eine Parteientschädigung von Fr. 3'780.– (inklusive Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Damit die Gesuchstellerin nicht doppelt für das Berufungsverfahren entschädigt wird, ist die Parteientschädigung beim zuzusprechenden Prozesskostenbeitrag in Abzug zu bringen (ZR 85 Nr. 32 E. e), womit vorliegend ein Betrag von Fr. 1'220.– resultiert.

V.

Da die Beschwerde an das Bundesgericht keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 103 Abs. 1 und 2 lit. a BGG), wird der vorliegende Entscheid mit heutigem

Datum vollstreckbar. Damit ist der Antrag der Gesuchstellerin, der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen (Urk. 7 S. 2), als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung der Berufung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgender Erkenntnis.

und erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 1'220.– zu bezahlen.
2. Die eheliche Wohnung an der ...str. ... in E._____ wird der Gesuchstellerin und den Kindern samt Hausrat und Mobiliar – aber mit Ausnahme der persönlichen Gegenstände des Gesuchsgegners – im Sinne einer vorsorglichen Massnahme während der Dauer des Eheschutzverfahrens zur alleinigen Benützung zugeteilt. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, die Wohnung bis spätestens 29. Februar 2012 zu verlassen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. Die Dolmetscherkosten betragen Fr. 225.–.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'780.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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, 13. Februar 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Kokotek

versandt am:
se