

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120081-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister
und die Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie der Gerichtsschreiber
lic. iur. G. Kenny

Urteil vom 18. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Wohnungszuteilung), Kosten- und
Entschädigungsfolgen**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 17. September 2012 (EE120168)**

Rechtsbegehren:

Der Gesuchstellerin (Urk. 1 S. 2):

- " 1. Die Gesuchstellerin sei gemäss Art. 175 ZGB zum Getrenntleben berechtigt zu erklären und es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit 17. April 2012 getrennt leben.
2. Die eheliche Wohnung an der C. _____-Strasse ... (recte: ...), ... [PLZ] (ergänze: D. _____) sei dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zuzuteilen. Die Gesuchstellerin sei berechtigt zu erklären, noch zu bezeichnende Mobiliar- und Hausratgegenstände abzuholen.
3. Das Kind E. _____, geb. tt.mm.2008 sei für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
4. Es sei ein angemessenes Besuchsrecht festzulegen.
5. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes sowie für sie persönlich angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

Der Gesuchstellerin, anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 31. Mai 2012

(Urk. 8):

- " 1. Die Gesuchstellerin sei zum Getrenntleben berechtigt zu erklären und es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit 17. April 2012 getrennt leben.
2. Die eheliche Wohnung an der C. _____-Strasse ..., ... D. _____, sei der Gesuchstellerin mit Mobiliar und Hausrat zur alleinigen Benützung zuzuteilen. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die eheliche Wohnung bis 15. Juni 2012 unter Mitnahme seiner persönlichen Effekten zu verlassen bzw. nicht mehr dort einzuziehen. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin die Kellerschlüssel auf erstes Verlangen auszuhändigen bzw. durch die zuständigen Behörden der Gesuchstellerin aushändigen zu lassen.
3. Das Kind E. _____, geb. tt.mm.2008, sei für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
4. Der Gesuchsgegner sei berechtigt zu erklären, das Kind jeden zweiten Sonntag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Dabei sei dem Ge-

suchsgegner die Auflage zu machen, während des Besuchsrechtes keinen Alkohol zu trinken.

5. Es sei eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 u. 2 ZGB zu errichten und der Beistand sei damit zu beauftragen, bei Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechtes zwischen den Parteien zu vermitteln, die Einhaltung der Auflage gemäss Ziff. 4 zu kontrollieren und das Besuchsrecht gegebenenfalls einzuschränken.
6. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes sowie für sie persönlich angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

Der Gesuchstellerin anlässlich der Fortsetzung der mündlichen Verhandlung am 6. September 2012 (Urk. 18 S. 1 f.):

" 1.-3. (unverändert)

4. Der Gesuchsgegner sei berechtigt zu erklären, das Kind jeden zweiten Sonntagnachmittag von 14.00 Uhr bis 18.00 Uhr begleitet auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Eventualiter sei das Besuchsrecht unbegleitet durchzuführen, dem Gesuchsgegner sei dabei die Auflage zu machen, während des Besuchsrechtes keinen Alkohol zu trinken.
5. Es sei eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB zu errichten und der Beistand sei damit zu beauftragen, die Modalitäten des begleiteten Besuchsrechtes festzulegen und gegebenenfalls über eine Ausdehnung des Besuchsrechtes zu befinden. Eventualiter sei der Beistand damit zu beauftragen, die Einhaltung der Auflage gemäss Ziff. 4 zu kontrollieren und die Übergabe des Kindes bei der Ausübung des Besuchsrechtes zu organisieren, wobei eine direkte Übergabe des Kindes von der Gesuchstellerin an den Gesuchsgegner zu vermeiden ist.
6. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 570.– zuzüglich allfällige vertragliche oder gesetzliche Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monates, erstmals 30 Tage nach der Entlassung des Gesuchsgegners aus der Untersuchungshaft.
Es sei sodann davon Vormerk zu nehmen, dass der Gesuchs-

gegner nicht in der Lage ist, der Gesuchstellerin einen persönlichen Unterhaltsbeitrag zu zahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

Des Gesuchsgegners anlässlich der Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vom 6. September 2012 (Urk. 15 S. 2):

- " 1. Es sei dem Gesuchsgegner das Getrenntleben zu bewilligen und es sei festzustellen, dass die Parteien bereits seit 17. April 2012 getrennt leben.
2. Das Kind E._____, geb. tt.mm.2008, sei für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Gesuchsgegners zu stellen.
3. Eventualiter sei dem Gesuchsgegner ein gerichtsübliches Besuchsrecht wie folgt einzuräumen:

Der Gesuchsgegner ist berechtigt, das Kind E._____ jedes Wochenende von Freitag 18:00 bis Sonntag 18:00 Uhr sowie am 2. Weihnachtstag (26. Dezember) und in den geraden Jahren über Ostern, von Gründonnerstag 18:00 Uhr, bis Ostermontag 18:00 Uhr, und in den ungeraden Jahren über Pfingsten, von Freitag 18:00 bis Pfingstmontag 18:00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Ferner ist der Gesuchsgegner berechtigt, das Kind E._____ während den Schulferien für drei Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, wobei zwei Wochen Ferien zusammenhängend sein können.
4. Auf die Errichtung einer Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 u. 2 ZGB sei zu verzichten.
5. Die eheliche Wohnung an der C._____-Strasse ..., ... D._____ sei dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung, samt Hausrat und Mobilien, zuzuweisen. Die Gesuchstellerin sei verpflichtet die Schlüssel zum genannten Mietobjekt, dem Gesuchsgegner auf erstes Verlangen auszuhändigen. Die Gesuchstellerin sei berechtigt zu erklären ihre persönlichen Effekten beim Verlassen der ehelichen Wohnung mitzunehmen.
6. Es sei festzustellen, dass keine persönlichen Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin geschuldet werden.
7. Es sei festzustellen, dass derzeit kein Unterhaltsbeitrag für das Kind E._____ geschuldet ist mit Ausnahme allfälliger Kinderzulagen aus dem Arbeitsverhältnis.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchstellerin."

Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung vom 17. September 2012:

1. Der Gesuchstellerin wird das Getrenntleben bewilligt. Es wird festgestellt, dass die Parteien seit dem 17. April 2012 getrennt leben.
2. Die Obhut über das Kind E._____, geboren am tt.mm.2008, wird der Gesuchstellerin zugeteilt.
3. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, den Sohn E._____ zwei Mal im Monat an einem halben Tag für vier Stunden in Begleitung zu sehen.

Das Besuchsrecht beginnt nach der Entlassung des Gesuchsgegners aus der Haft bzw. aus dem Strafvollzug.

4. Für das Kind E._____ wird gemäss Art. 176 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB eine Beistandschaft angeordnet.

Dem Beistand bzw. der Beiständin werden folgende Aufgaben übertragen:

- die Eltern mit Rat und Tat bei der Betreuung und Erziehung des Sohnes zu unterstützen und ihnen soweit notwendig dafür Weisungen zu erteilen,
 - Ansprechperson für beide Parteien bei Fragen im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht sein sowie als deren Ratgeber und Vermittler amten,
 - die Modalitäten der Besuche zwischen E._____ und seinem Vater allgemein festzulegen und insbesondere ein begleitetes Besuchsrecht zu organisieren und Zeit und Ort festzulegen,
 - soweit es das Kindeswohl erfordert, das Besuchsrecht zeitlich anzupassen oder einzelne Besuche abzusagen.
5. Die Vormundschaftsbehörde D._____ wird ersucht, einen Beistand bzw. eine Beiständin im erwähnten Sinne zu bestellen und ihm bzw. ihr die entsprechenden Aufgaben zu übertragen.
 6. Die eheliche Wohnung an der C._____ -Strasse ... in ... D._____ wird samt Hausrat und Mobiliar, mit Ausnahme der persönlichen Effekten des Gesuchsgegners, für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin und dem Kind zur alleinigen Benützung zugewiesen.
 7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin auf erstes Verlangen den Kellerschlüssel zur ehelichen Wohnung auszuhändigen.
 8. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt und die Erziehung des gemeinsamen Kindes einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 540.-, zuzüglich gesetzlicher Kinderzulagen, zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden

Monats, erstmals 30 Tage nach der Entlassung des Gesuchsgegners aus der Untersuchungshaft bzw. aus dem Strafvollzug.

9. Die Unterhaltsbeiträge beruhen auf folgenden Einkommens- und Bedarfswerten:
- | | |
|----------------------------------|--|
| - Einkommen Gesuchstellerin | Fr. 0.– |
| - Einkommen Gesuchsgegner | Fr. 3'941.– (geschätzte Arbeitslosenentschädigung) |
| - Bedarf Gesuchstellerin u. Kind | Fr. 3'294.– |
| - Bedarf Gesuchsgegner | Fr. 2'862.– |
10. Mangels Leistungsfähigkeit der Parteien werden keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zugesprochen.
11. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:
Fr. 3'600.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 468.75 Dolmetscherkosten
Fr. 4'068.75 Total
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
12. Die Kosten des begründeten Entscheids werden dem Gesuchsgegner zu $\frac{3}{4}$ und der Gesuchstellerin zu $\frac{1}{4}$ auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
13. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine um die Hälfte reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.– zu bezahlen (inkl. 8% Mehrwertsteuer).
14. (Schriftliche Mitteilung.)
15. (Rechtsmittel Berufung.)

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 25 S. 2):

- " 1. Es sei Dispositiv Ziff. 6 des Urteils vom 17. September 2012 aufzuheben. Die eheliche Wohnung an der C.____-Strasse ... in ... D.____ sei dem Berufungskläger (Gesuchsgegner) zur alleinigen Benützung, samt Hausrat und Mobiliar, zuzuweisen. Die Berufungsbeklagte (Gesuchstellerin) sei zu verpflichten die Schlüssel zum genannten Mietobjekt, dem Berufungskläger (Gesuchsgegner) auf erstes Verlangen auszuhändigen. Die Berufungsbe-

klagte (Gesuchstellerin) sei berechtigt zu erklären ihre persönlichen Effekten beim Verlassen der ehelichen Wohnung mitzunehmen.

2. Es sei Dispositiv Ziff. 7 des Urteils vom 17. September 2012 vollumfänglich aufzuheben.
3. Es sei Dispositiv Ziff. 12 des Urteils vom 17. September 2012 aufzuheben. Die Gerichtskosten seien den Parteien hälftig aufzuerlegen, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.
4. Es sei Dispositiv Ziff. 13 des Urteils vom 17. September 2012 vollumfänglich aufzuheben.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsbeklagten."

Prozessualer Antrag:

"Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und eine unentgeltliche Rechtsbeiständin in der Person von lic. iur. X._____ zu bestellen.

Entsprechend sei von der Verpflichtung zur Zahlung von Kostenvorschüssen abzusehen."

Erwägungen:

I. Parteien, Streitgegenstand und Prozessgeschichte

1. Den Akten kann entnommen werden, dass die Parteien Eheleute sind, getrennt leben und zur Zeit in einem Eheschutzverfahren stehen. Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchstellerin) ist nicht arbeitstätig. In ihrem Heimatland G._____ hatte sie eine Bar betrieben. Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Gesuchsgegner) ist Metzger. Auch er ist nicht arbeitstätig. Die Parteien haben einen gemeinsamen Sohn, E._____, der am tt.mm.2008 in G._____ geboren wurde. Sie haben am 13. Oktober 2010 in der Schweiz geheiratet. Die Gesuchstellerin zog in der Folge im Dezember 2011 in die Schweiz. Im April 2012 kam es zu einem schwerwiegenden Konflikt zwischen den Parteien. Es wurden Massnahmen gemäss Gewaltschutzgesetz verhängt und

der Gesuchsgegner wurde in Untersuchungshaft versetzt, aus der er am 23. November 2012 entlassen wurde. Zur Zeit ist sowohl ein Strafverfahren gegen den Gesuchsgegner als auch gegen die Gesuchstellerin hängig. Die Obhut über den gemeinsamen Sohn wurde von der Vorinstanz der Gesuchstellerin zugeteilt. Sie wohnt nun mit dem Sohn in der Familienwohnung.

2.1. Mit Eingabe vom 30. April 2012 machte die Gesuchstellerin ein Eheschutzverfahren mit obengenannten Begehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Am 17. September 2012 fällt die Vorinstanz den Endentscheid, dessen Dispositiv hiervor wiedergegeben wurde. Über den detaillierten Verlauf des Verfahrens gibt der angefochtene Entscheid Auskunft (Urk. 26).

2.2. Am 27. November 2012 erhob der Gesuchsgegner eine Berufung mit dem eingangs aufgeführten Rechtsbegehren (Urk. 25). In der Sache ist noch die Zuteilung der Familienwohnung an die Gesuchstellerin umstritten. Der Gesuchsgegner rügt überdies die Verlegung der erstinstanzlichen Kosten. Die übrigen Punkte blieben unangefochten. Es kann deshalb vorgemerkt werden, dass diese in Rechtskraft erwachsen sind (Disp. Ziff. 1 - 5 und Ziff. 8 -11).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sofort als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II. Prozessuale Grundlagen

Die Vorinstanz hat die prozessualen Grundlagen des summarischen Verfahrens zutreffend dargelegt, auf die entsprechenden Erwägungen ist zu verweisen (Urk. 26 S. 6 f.).

III. Zuteilung der Familienwohnung

1.1. Die Vorinstanz hat die allgemeinen Regeln für die Zuteilung der Familienwohnung zutreffend dargelegt, auf diese Erwägungen ist zu verweisen, insbe-

sondere da auch der Gesuchsgegner diese als korrekt bezeichnet (Urk. 26 S. 16 f., Urk. 25 S. 5 Rz. 16).

Ergänzend ist festzuhalten, dass die Kriterien des Nutzens der Wohnung und der Zumutbarkeit eines Umzuges nicht ganz scharf getrennt werden können, besteht doch ein Teil des Nutzens der Wohnung auch darin, nicht umziehen zu müssen. Im vorliegenden Fall sind schwierige Wertungsfragen zu beantworten; es handelt sich nicht um einen ganz eindeutigen und auf den ersten Blick klaren Fall, sind doch beide Parteien sowohl persönlich als auch wirtschaftlich in einer sehr nachteiligen Position. Ein rein schematisches Vorgehen ist daher nicht angebracht. Es sind vielmehr alle Kriterien zu untersuchen und hernach ist aufgrund einer Gesamtschau der Entscheid zu treffen.

1.2.1. Der Gesuchsgegner wendet sich in rechtlicher Hinsicht gegen die Ausführungen der Vorinstanz, dass im Falle, dass ein Ehegatte wegen Gewalt oder Drohung gegen den anderen Ehegatten aus der Wohnung gewiesen worden sei, die allgemeinen Zuteilungsregeln nicht zu Anwendung kämen, sondern der weggewiesene Ehegatte seinen Anspruch auf Zuteilung der Familienwohnung verliere. Da Massnahmen gemäss Gewaltschutzgesetz von jedermann aufgrund blosser Behauptungen bewirkt werden könnten, stehe diese Erwägung der Unschuldsumutung gemäss Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK diametral entgegen (Urk. 25 S. 5 Rz. 17 f.). Es seien daher stets die allgemeinen Zuteilungsregeln anzuwenden.

1.2.2. In tatsächlicher Hinsicht kritisiert der Gesuchsgegner, dass die Vorinstanz nicht genügend beachtet habe, dass neben dem Wohl des gemeinsamen Sohnes E._____ auch das Wohl von H._____, dem elf Jahre alten Sohn des Gesuchsgegners aus erster Ehe, zu berücksichtigen sei. Dieser sei zum Teil in der betreffenden Wohnung aufgewachsen, besuche den Kläger dort regelmässig und habe sich an die Wohnung gewöhnt. Da E._____ erst vier Jahre alt sei, sei für ihn ein Wohnungswechsel noch nicht so wichtig; im Kleinkindalter sei die Bezugsperson viel wichtiger. In Anbetracht des Kindeswohls von E._____ und H._____ könne die Wohnung daher mindestens genau so gut dem Gesuchsgegner wie der Gesuchstellerin zugeteilt werden. Es liege ein Fall vor, in welchem

nicht ausgemacht werden könne, wem die Wohnung besser diene. Deshalb habe die Partei auszuziehen, der ein Auszug eher zumutbar sei (Urk. 25 S. 3 Rz. 6 ff.).

Die Gesuchstellerin habe ein geregeltes Einkommen durch die Sozialhilfe und sei schuldenfrei. Der Gesuchsgegner hingegen müsse von der Arbeitslosenversicherung unterstützt werden, habe Schulden, werde betrieben und habe offene Verlustscheine. Da bei jeder neuen Wohnungsmiete der Betreibungsregisterauszug vorgewiesen werden müsse, sei es für den Gesuchsgegner unmöglich, ein neues Mietverhältnis einzugehen. Der Auszug sei der Gesuchstellerin daher eher zumutbar. Da sie keine Arbeit habe und E._____ auch noch nicht eingeschult worden sei, sei sie auch nicht ortsgebunden und könne in irgendeine Gemeinde im Kanton Zürich ziehen. Der Gesuchsgegner müsse demgegenüber in der Nähe bleiben, damit H._____ sein Besuchsrecht wie üblich wahrnehmen könne (Urk. 26 S. 4 Rz 13 ff.).

1.2.3. Insgesamt sei daher die Wohnung dem Gesuchsgegner zuzuweisen (Urk. 25 S. 5 f. Rz. 19 ff.).

2.2.1. Dem Gesuchsgegner kann insofern zugestimmt werden, dass für Kinder im Alter von E._____ der Wohnort im der Regel wohl noch nicht so wichtig ist. Andererseits kennt im allgemeinen auch ein Vierjähriger sein Umfeld recht gut und entwickelt eine gewisse Vertrautheit mit den Räumen, in denen er lebt. Weiter ist zu beachten, dass auch noch nicht schulpflichtige Kinder durchaus ein soziales Umfeld ausserhalb der Familie haben können, wie beispielsweise Spielkameraden, Kindergärtnerinnen und ähnliches. Es kann daher nicht grundsätzlich gesagt werden, dass der Wohnortswechsel für einen Vierjährigen gänzlich unproblematisch ist.

Ebenso ist dem Gesuchsgegner zuzustimmen, dass auch H._____ sich an die Wohnung des Gesuchsgegners und deren Umgebung gewöhnt haben dürfte. Dabei muss aber berücksichtigt werden, dass H._____ zum Gesuchsgegner "nur" zu Besuch kommt. Er wohnt die meiste Zeit bei seiner Mutter. An deren Wohnort befindet sich daher auch sein erweitertes soziales Umfeld. Sodann ist H._____ bereits in einem Alter (elfjährig), in dem das Besuchsrecht auch zu ei-

nem grossen Teil ausserhalb der Wohnung ausgeübt werden kann, z. B. mit gemeinsamen sportlichen und kulturellen Aktivitäten, Ausflügen, notwendigen Besorgungen etc. Vor diesem Hintergrund verliert auch das Argument, H._____ kenne den Weg zur Familienwohnung und könne diesen alleine bewältigen, an Gewicht: So ist einem Elfjährigen durchaus zuzutrauen, dass er auch den Weg zu einer anderen Wohnung schnell verinnerlicht, zumal der Gebrauch von öffentlichen Verkehrsmitteln für Kinder, die in der Stadt aufwachsen, etwas Alltägliches und Vertrautes ist.

Im Ergebnis kann dem Gesuchsgegner nicht zugestimmt werden, dass nicht ausgemacht werden kann, wem die Wohnung den grösseren Nutzen bringt. In gesamthafter Würdigung erscheint der Nutzen für die Gesuchstellerin zusammen mit E._____ grösser. Dieser Umstand spricht somit dafür, dass die Gesuchstellerin zusammen mit E._____ in der Familienwohnung verbleiben kann.

2.2.2. Soweit der Gesuchsgegner argumentiert, die Gesuchstellerin habe durch die Unterstützung der Sozialhilfe ein regelmässiges Einkommen und daher bessere Chancen eine Wohnung zu finden, ist ihm zunächst ganz grundsätzlich zu widersprechen: Es trifft zwar zu, dass ein Sozialhilfebezüger regelmässig und relativ sicher (nicht gänzlich ausser Acht gelassen werden dürfen aber die Entzugstatbestände gemäss § 24 f. Sozialhilfegesetz [SHG; LS 851.1]) Geld erhält und überdies praxisgemäss auch die Möglichkeit besteht, dass die Fürsorgebehörde einem Vermieter den Mietzins für drei Monate garantiert. Dieses Einkommen ist aber viel weniger abhängig von den persönlichen Anstrengungen und dem Verhalten des Sozialhilfebezügers als das regelmässige Einkommen, das durch Arbeit erwirtschaftet wird. So indiziert ein regelmässiges Erwerbseinkommen, dass die betreffende Person einen geregelten Tagesablauf sowie eine gewisse Selbstständigkeit hat und auch im Stande ist, die zwischenmenschlichen und gesellschaftlichen Anforderungen im Erwerbsleben zu bewältigen. Insbesondere in Mehrfamilienhäusern sind diese Eigenschaften für einen Vermieter von Bedeutung. Dementsprechend gibt es Vermieter, welche nur äusserst zurückhaltend oder gar nicht Wohnungen an Sozialhilfeempfänger vermieten, da sie Konflikte mit der Nachbarschaft befürchten. Im Ergebnis muss daher festgehalten

werden, dass die Position eines Sozialhilfeempfängers auf dem zurzeit angespannten Wohnungsmarkt grundsätzlich sehr schlecht ist. Weiter verschlechtert wird die Situation der Gesuchstellerin wegen der fehlenden Kenntnis der deutschen Sprache (Prot.-I S. 3), zudem ist sie als alleinerziehende Mutter eines vier Jahre alten Kindes nicht so flexibel wie eine alleinstehende Person.

Theoretisch ist es einem Sozialhilfeempfänger durchaus möglich an einen anderen Ort zu ziehen, an welchem beispielsweise der Wohnungsmarkt nicht so angespannt ist wie in D._____. Dabei ist aber zu beachten, dass günstiger und kinderfreundlicher Wohnraum im ganzen Kanton nur beschränkt verfügbar ist. Ausserdem stellen sich Zuständigkeitsfragen. So sind gemäss § 1 SOG zurzeit die Sozialbehörden D._____ für die Gesuchstellerin zuständig, während an einem anderen Wohnort, die dortige Sozialbehörde für die Wohnungsbelange der Gesuchstellerin zuständig wäre. Dieser Umstand verkompliziert die Wohnungssuche und einen allfälligen Umzug in eine andere Gemeinde erheblich, zumal die ... Sozialbehörden [von D._____] aufgrund des Abschiebungsverbotes gemäss § 40 Abs. 1 SOG in ihrem Handlungsspielraum erheblich eingeschränkt sind.

Dem Gesuchsgegner ist durchaus zuzustimmen, dass auch seine Position als Arbeitsloser, der betrieben wird und ausstehende Schuldscheine hat, nicht gut ist. Der Gesuchsteller ist jedoch nicht gänzlich auf sich gestellt. Zwar wird er von den sozialen Diensten aufgrund der Arbeitslosenversicherung eher keine finanzielle Hilfe erhalten; Beratung bei der Wohnungssuche kann er aber in Anspruch nehmen. Dabei können die Sozialbehörden auch den Kontakt zu privaten Organisationen herstellen, die Menschen in der Situation des Gesuchsgegners helfen, insbesondere indem Wohnraum zu annehmbaren Konditionen zur Verfügung gestellt wird. Sodann verfügt auch der Gesuchsgegner durch die Arbeitslosenversicherung über ein regelmässiges Einkommen. Auch wenn er betrieben wird und ausstehende Schuldscheine hat, sind die angemessenen Kosten für das Wohnen durch das Verbot, in das Existenzminimum einzugreifen, vor dem Zugriff seiner Gläubiger geschützt und stehen für die Miete eines Logis zur Verfügung. Da der Gesuchsgegner seit 25 Jahren in der Schweiz lebt, ist davon auszugehen, dass

er mit den hiesigen Verhältnissen besser vertraut ist als die Gesuchstellerin, die erst seit Dezember 2011 hier lebt (Urk. 25 S. 3 Rz. 6 f.).

Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände und auch der im Berufungsverfahren neu vorgetragenen Argumente ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass es beiden Parteien sehr schwer fallen wird, eine neue Wohnung zu finden, aber nicht gesagt werden kann, wer es schwerer haben wird.

2.3. Es besteht zwar die Möglichkeit, dass einer alleinerziehenden Mutter von den Sozialbehörden eine Not- oder Sozialwohnung zur Verfügung gestellt wird; diese Wohnungen sind aber insbesondere in D._____ – gleich wie günstige und kinderfreundliche Wohnungen überhaupt – nur in beschränkter Zahl verfügbar. Müsste die Gesuchstellerin aus der Familienwohnung ausziehen, müsste die Sozialbehörde sie daher unter Umständen zusammen mit E._____ in einem günstigen Hotel oder einer Pension unterbringen, bis eine geeignete Wohnung verfügbar ist.

Auch der Gesuchsgegner muss unter Umständen ein Zimmer in einer Pension oder bei einer Institution, die Wohnraum für Personen in schwierigen Situationen bereitstellt, mieten, was in Hinblick auf den Kontakt mit H._____ (insbesondere die Übernachtungen) ungünstig erscheint.

Da aber H._____ nicht beim Gesuchsgegner wohnt, während die Gesuchstellerin die Obhut über E._____ hat, ist dem Gesuchsgegner eher die ungünstige Wohnsituation zuzumuten, mithin eher zuzumuten, sich ein neues Logis zu suchen.

2.4.1. Wägt man alle soeben dargelegten Umstände ab, muss im Ergebnis geschlossen werden, dass die Vorinstanz die Familienwohnung zurecht der Gesuchstellerin zuteilte.

2.4.2. Die Vorinstanz wies nur im Sinne einer Eventualbegründung darauf hin, dass die Familienwohnung aufgrund der glaubhaft gemachten Gewaltvorfälle ohnehin der Gesuchsgegnerin zuzuteilen sei (Urk. 26 S. 18 Ziff. 3). Der Gesuchsgegner kritisierte diese Ansicht (Urk. 25 S. 5 Rz. 16 ff., vgl. auch Ziff. III.

1.2.1. hiervor). Da aber die Familienwohnung aufgrund der normalen Zuteilungskriterien der Gesuchstellerin zusammen mit E. _____ zuzuweisen ist, kann auf die weitere Behandlung dieser Fragestellung verzichtet werden.

2.5. Als Fazit ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zurecht die Familienwohnung der Gesuchstellerin und E. _____ zugeteilt hat. Die Berufung ist daher in diesem Punkt abzuweisen.

IV. Verlegung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens

1. Der Gesuchsgegner vertritt den Standpunkt, dass bei Kinderbelangen die Kosten des Verfahrens den Parteien unabhängig des Verfahrensausganges je zur Hälfte aufzuerlegen seien. Die Argumentation der Vorinstanz, dass dem Gesuchsgegner mehr als die hälftigen Kosten aufzuerlegen seien, da er ohne gute Gründe seine Anträge während des Verfahrens geändert habe, sei unzutreffend. Er habe sehr wohl gute Gründe gehabt, seine Anträge zu ändern, ausserdem habe auch die Gesuchstellerin während des Verfahrens ihren Antrag auf Zuteilung der Familienwohnung geändert. Die Kosten seien daher hälftig zu verlegen und auf die Zusprechung einer Parteientschädigung sei zu verzichten (Urk. 25 S. 6 Rz. 23 ff.).

2.1. Grundsätzlich werden die Kosten gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO nach Obsiegen und Unterliegen verlegt. Gemäss bisheriger Rechtsprechung des Obergerichtes waren aber die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange unabhängig vom Ausgang den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten. Diesfalls wurden auch keine Prozessentschädigungen ausgerichtet (ZR 84 Nr. 41).

Diese Rechtsprechung ist auch unter dem eidgenössischen Zivilprozessrecht sachgerecht. Dies insbesondere, da Art. 107 Abs. 1 lit. b und c ZPO ausdrücklich vorsieht, dass das Gericht in Fällen, in denen eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war, sowie in familienrechtlichen Verfahren von den üblichen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach

Ermessen verteilen kann (vgl. auch Beschluss und Urteil vom 25. Januar 2012, Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Geschäft Nr. LE110049, abzurufen unter <http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-suchen.html>). Dabei ist unter Kinderbelangen die elterliche Sorge (früher elterliche Gewalt), die Obhut, das Besuchsrecht und eine allfällige Beistandschaft zu verstehen. Obwohl Entscheidungen in diesen Punkten sehr häufig die Entscheidung in anderen Punkten beeinflussen (insbesondere die Kinderunterhaltsbeiträge), gilt die Praxis der hälftigen Kostenaufgabe für weitere Streitpunkte zumindest dann nicht, wenn diesen eigenständige Bedeutung zukommt.

2.2. Wenn wie vorliegend sowohl Kinderbelange (Obhut, Verbeiständung des Kindes) als auch andere Belange (Kinderunterhalt, Zuweisung der Familienwohnung) zu regeln sind, muss abgeschätzt werden, in welchem Umfang die Kosten auf die Kinderbelange und die restlichen Belange entfallen. Gegebenenfalls sind die Kosten betreffend Kinderbelange hälftig aufzuerlegen, die weiteren Kosten aber gemäss Obsiegen und Unterliegen zu verteilen.

3.1. Grundsätzlich kann zunächst festgehalten werden, dass Anträge – gerade in etwas länger dauernden Verfahren – in gewissen Grenzen durchaus geändert werden dürfen. Vor dem Hintergrund, dass der Gesuchsgegner zunächst zu mehr als 100% arbeitstätig war, im Verlauf des Verfahrens aber seine Stelle verlor (Urk. 26 S. 9 lit b, Prot.-I S. 6), kann zumindest ihm Rahmen des summarischen Verfahrens nicht gesagt werden, dass die Beantragung der Obhut nicht achtenswert im unter Ziff. IV. 2.1. hiervoor dargelegten Sinn war. Daran zu zweifeln, dass der Antrag der Gesuchstellerin auf Zuteilung der Obhut achtenswert war, besteht kein Grund. Die Kosten bezüglich der Kinderbelange sind den Parteien daher hälftig aufzuerlegen.

3.2. Im Verfahren vor der Vorinstanz waren an Kinderbelangen die Obhutszuteilung und die Beistandschaft umstritten. Sodann waren sich die Parteien über die Kinderunterhaltsbeiträge und die Zuteilung der Familienwohnung uneinig (Urk. 26 S. 2 ff. sowie S. 4 hiervoor). Es rechtfertigt sich, alle diese Streitpunkte in etwa gleich zu gewichten. Die Hälfte der gesamten Kosten betrifft somit Kinderbelange

im unter Ziff. IV. 2.1. hiervor dargelegten Sinn. Dieser Kostenanteil ist wie soeben ausgeführt den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.

Die andere Hälfte der gesamten Kosten ist nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen. Der Gesuchsgegner beantragte, es seien keine Kinderunterhaltsbeiträge festzulegen, während die Gesuchstellerin Fr. 570.– pro Monat forderte. Zugespochen wurden Fr. 540.– im Monat; der Gesuchsgegner unterlag fast vollständig. In Bezug auf die Zuteilung der Familienwohnung unterlag der Gesuchsgegner vollumfänglich. Dementsprechend sind diese Kosten dem Gesuchsgegner aufzuerlegen.

3.3. Im Ergebnis – in gesamthafter Betrachtung aller Umstände – sind die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens mit der Vorinstanz dem Gesuchsgegner zu 3/4 aufzuerlegen und der Gesuchstellerin zu 1/4. Dementsprechend ist der Gesuchsgegner in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das erstinstanzliche Verfahren eine auf 1/2 reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Deren Höhe von Fr. 2'000.– (inkl. 8% Mehrwertsteuer) ist nicht umstritten und ist zutreffend.

4. Im Ergebnis erweist sich die Berufung auch bezüglich der erstinstanzlichen Kostenverlegung als unbegründet und ist daher abzuweisen.

V. Unentgeltliche Rechtspflege

1. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zutreffend dargelegt, auf die entsprechenden Erwägungen ist zu verweisen (Urk. 26 S. 27 f.).

2.1. Die Vorinstanz hat den Bedarf und das Einkommen des Gesuchsgegners zutreffend ermittelt und eine Mankosituation festgestellt. Sie belies dem Gesuchsgegner nur das Existenzminimum und hielt unangefochten fest, dass der Gesuchstellerin aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners keine Unterhaltsbeiträge zugesprochen werden können (Urk. 26 S. 26 f. Ziff. 5.). Es ist nicht ersichtlich, dass sich an der wirtschaftlichen Situation des Gesuchs-

gegners zwischenzeitlich etwas geändert hat. Es ist daher nach wie vor davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner nicht über die erforderlichen Mittel im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO verfügt.

2.2. Aufgrund der im vorliegenden Berufungsverfahren zu behandelnden rechtlichen und tatsächlichen Fragen, ist der Beizug einer Rechtsbeiständin gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO ohne weiteres gerechtfertigt.

2.3. Es bleibt zu prüfen, ob das Rechtsbegehren des Gesuchsgegners im Zeitpunkt der Ergreifung der Berufung gemäss Art. 117 lit. b ZPO nicht aussichtslos erschien. Dabei kann nicht einfach rückblickend der Schluss gezogen werden, dass, da die Berufung abzuweisen ist, das Rechtsbegehren von Anfang an aussichtslos erschien. Es muss vielmehr abgeklärt werden, wie die Prozessaussichten im Zeitpunkt der Berufungserhebung zu beurteilen waren. Dabei ist von besonderer Bedeutung, dass im vorliegenden Verfahren ausgeprägte und anspruchsvolle Ermessensentscheide zu fällen waren. Es liegt keine vollkommen klare Situation vor, in welcher auf den ersten Blick der Entscheid getroffen werden kann. Wie solche Ermessensentscheide ausfallen, ist sehr schwierig zu prognostizieren. Dabei ist auch zu beachten, dass die Berufungsinstanz eine andere Optik als die Vorinstanz hat. Sie betrachtet ein bereits durchgeführtes Verfahren, muss sich häufig nur noch mit einzelnen Fragen beschäftigen und kennt nicht nur die Argumente der Parteien, sondern auch jene der Vorinstanz. Es kann daher in vielen Fällen nicht ausgeschlossen werden, dass die Berufungsinstanz ihr Ermessen abweichend von der Vorinstanz ausübt. Da der Gesuchsteller durchaus beachtliche Argumente vorbrachte, die einer sorgfältigen Prüfung bedurften und ihm auch nicht vorgeworfen werden kann, die Rechtsslage zu verkennen, können seine Rechtsbegehren, obwohl diese nun abzuweisen sind, nicht als zum vornherein aussichtslos qualifiziert werden.

3. Insgesamt sind die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegeben. Dem Gesuchsgegner ist daher die unentgeltliche Prozessführung für das Berufungsverfahren zu gewähren und Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.

VI. Kosten und Entschädigung im Berufungsverfahren

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2, § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

2. Da der Gesuchsgegner vollumfänglich unterliegt, sind ihm die Kosten in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO aufzuerlegen. Aufgrund der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die Kosten aber auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Gesuchsgegner ist auf seine Rückzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

3. Der Gesuchstellerin ist kein Aufwand entstanden. Ihr ist daher keine Entschädigung für das Berufungsverfahren zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Dem Gesuchsgegner wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
 - Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 - 5 sowie 8 - 11 des Urteils der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, vom 17. September 2012 in Rechtskraft erwachsen sind.
 - Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die eheliche Wohnung an der C. _____-Strasse ... in ... D. _____ wird samt Hausrat und Mobiliar, mit Ausnahme der persönlichen Effekten des Gesuchsgegners, für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin und dem Kind E. _____ zur alleinigen Benützung zugewiesen.
2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin auf erstes Verlangen den Kellerschlüssel zur ehelichen Wohnung auszuhändigen.

3. Die Kosten des begründeten Entscheids im erstinstanzlichen Verfahren werden dem Gesuchsgegner zu 3/4 und der Gesuchstellerin zu 1/4 auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.– für das erstinstanzliche Verfahren zu bezahlen (inkl. 8% Mehrwertsteuer).

5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.

6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

7. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, an die Obergerichtskasse, die Vormundschaftsbehörde D._____ und das Migrationsamt des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

9. 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 (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, 18. Januar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
se