

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130004-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
Ersatzoberrichterin lic. iur. Blesi Keller sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. E. Iseli

Beschluss und Urteil vom 17. Mai 2013

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt ass. jur. X._____

gegen

B._____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____

betreffend **Eheschutz (Zuweisung eheliche Wohnung),
Kosten- und Entschädigungsfolgen**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Bülach vom 10. Januar 2013 (EE120110)**

Rechtsbegehren:

Anträge des Gesuchstellers (Urk. 17 S. 2):

- "1. Der gemeinsame Haushalt der Parteien sei nach Art. 175 ZGB für unbestimmte Zeit aufzuheben.
2. Die eheliche Wohnung samt Hausrat in der ...-Strasse .., C._____ sei dem Kläger zur alleinigen Nutzung und Gebrauch zuzuweisen. Der Beklagten sei lediglich zu gestatten, ihre persönlichen Gebrauchsgegenstände mitzunehmen.
3. Es sei festzustellen, dass die Parteien mangels Leistungsfähigkeit einander keinen Unterhalt schulden.
4. Zwischen den Parteien sei ab dem 31. August 2012 die Gütertrennung anzuordnen.
5. Dem Kläger sei die unentgeltliche Rechtspflege gem. Art. 118 ZPO zu gewähren und ihm ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Rechtsanwalts X._____, ... [Adresse] zu bestellen.
6. Alles unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Anträge der Gesuchsgegnerin (Urk. 19 S. 1, sinngemäss):

1. Die eheliche Wohnung an der ...-Strasse .. in C._____ sei für die Dauer des Getrenntlebens der Beklagten zur alleinigen Benützung zuzuweisen.
2. Der Kläger sei zu verpflichten, die eheliche Wohnung bis spätestens 31. Januar 2013 zu verlassen.
3. Mangels finanzieller Leistungsfähigkeit seien beidseitig keine Unterhaltsbeiträge festzusetzen.
4. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten den Antritt einer Arbeitsstelle unter Vorlage des Arbeitsvertrages unverzüglich schriftlich mitzuteilen und ihr unaufgefordert jeweils bis spätestens Ende Januar den Lohnausweis des vorangegangenen Jahres zuzustellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten des Klägers.

Es sei der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwältin MLaw Y._____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

Urteil des Bezirksgerichtes Bülach:

(Urk. 23 = Urk. 26)

- "1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien auf unbestimmte Dauer zum Getrenntleben berechtigt sind.
2. Die eheliche Wohnung an der ...-Strasse .. in C._____ wird für die Dauer des Getrenntlebens der Beklagten zur alleinigen Benützung zugewiesen. Der Kläger wird verpflichtet die eheliche Wohnung bis spätestens 31. März 2013 zu verlassen.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger auf erstes Verlangen den Hausrat, das Mobiliar sowie seine persönlichen Gegenstände herauszugeben.
4. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich die Parteien mangels finanzieller Leistungsfähigkeit beidseitig keine persönlichen Unterhaltsbeiträge schulden.
5. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung ab 31. August 2012 angeordnet.
6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten unverzüglich den Antritt einer Arbeitsstelle unter Vorlage des Arbeitsvertrages mitzuteilen und ihr jeweils per Ende März den Lohnausweis des vorangegangenen Jahres zuzustellen.
7. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 337.50 Dolmetscherkosten
8. Die Kosten werden zu 3/4 dem Kläger und zu 1/4 der Beklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gestützt auf Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
9. Der Kläger wird verpflichtet, Rechtsanwältin MLaw Y._____ eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'750.- zu bezahlen (inkl. Mehrwertsteuer).
Da diese Entschädigung vom Kläger voraussichtlich nicht erhältlich sein wird, wird sie der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beklagten, MLaw Y._____, direkt aus der Gerichtskasse ausbezahlt. Die Forderung geht auf die Gerichtskasse über. Die Nachforderung gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

10. [Mitteilung]
11. [Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 25 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 10. Januar 2013 Prozess Nr. EE120110-C sei im Dispositiv Ziff. 2 und 3 derart aufzuheben, als dass die eheliche Wohnung samt Hausrat in der ...-Strasse .., C._____ dem Berufungskläger zur alleinigen Benützung und Gebrauch zuzuweisen und der Beklagten lediglich zu gestatten sei, ihre persönlichen Gebrauchsgegenstände mitzunehmen.
2. Dem Berufungskläger sei für die Berufung die unentgeltliche Rechtspflege gem. Art. 118 ZPO zu gewähren und ihm ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Rechtsanwalts X._____, ... [Adresse] zu bestellen.
3. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 10. Januar 2013 Prozess Nr. EE120110-C sei im Dispositiv Ziff. 8 und 9 derart aufzuheben, als dass alles, also sowohl erstinstanzlich wie auch im Berufungsverfahren, unter Parteikosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten sei."

der Berufungsbeklagten (Urk. 34 S. 2):

" Die Berufung sei abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten des Berufungsklägers.

Der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit tt. September 2010 verheiratet und haben keine gemeinsamen Kinder. Mit Eingabe vom 31. August 2012 gelangte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan: Gesuchsteller) an das Bezirksgericht Bülach

und ersuchte um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 26 S. 3). Die Vorinstanz fällte am 10. Januar 2013 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 26).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsteller am 18. Januar 2013 innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 25 S. 2). Mit Beschluss vom 4. Februar 2013 wurde dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt ass. jur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Urk. 32). Die Berufungsantwort der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan: Gesuchsgegnerin) datiert vom 11. März 2013 (Urk. 34). Mit Eingabe vom 12. März 2013 stellte der Gesuchsteller das Gesuch, es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 37). Mit Verfügung vom 13. März 2013 wurde der Berufung des Gesuchstellers die aufschiebende Wirkung erteilt und das Doppel der Berufungsantwortschrift dem Gesuchsteller zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 39 Dispositiv-Ziffern 1 und 2).

II.

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositivziffern 1 und 4 bis 7 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil am 22. Januar 2013 in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

2. Was die allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz zur Natur des summarischen Verfahrens und zur Geltung der Dispositionsmaxime zwischen den Ehegatten im Eheschutzverfahren anbelangt, so sind diese zutreffend, und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 26 S. 4 f.).

III.

1. Die Vorinstanz begründete die Zuweisung der Wohnung an die Gesuchsgegnerin mit den folgenden Argumenten: Keine der Parteien könne ein

grösseres Interesse an der ehelichen Wohnung glaubhaft machen. Die Parteien hätten keine Kinder, weshalb bei der Wohnungszuteilung keine Kindesinteressen zu berücksichtigen seien. Sodann sei weder der Gesuchsteller noch die Gesuchsgegnerin aufgrund ihres Alters oder infolge beruflicher sowie gesundheitlicher Gründe auf die Wohnung angewiesen. Der Gesuchsteller sei arbeitslos und werde seit einigen Jahren vom Sozialamt C._____ finanziell unterstützt. Die Gesuchsgegnerin arbeite seit Juni 2012 in D._____ und der Stadt E._____ als Raumpflegerin in einem Teilzeitpensum auf Abruf. Ihrem Vorbringen, wonach ihr die eheliche Wohnung besser diene, weil sich die öffentlichen Verkehrsmittel, mit denen sie zur Arbeit gelange, in unmittelbarer Nähe befänden, könne aufgrund der guten öffentlichen Verkehrsmittelschliessung im Grossraum Zürich nicht gefolgt werden. Auch der Einwand der Gesuchsgegnerin, sie finde sich in einer neuen Umgebung schlecht zurecht, sei nicht nachvollziehbar, zumal sie ihre Arbeiten an verschiedenen Orten in der Stadt E._____ verrichte, was darauf schliessen lasse, dass sie das öffentliche Verkehrsmittelsystem kenne und demzufolge auch von einem anderen Ort als C._____ an ihre Arbeitsstelle gelangen könne. Dem Gesuchsteller könne es aber eher zugemutet werden, aus der ehelichen Wohnung auszuziehen, obschon sein Affektionsinteresse im Vergleich zur Gesuchsgegnerin höher zu werten sei, da er acht Jahre länger als sie in der Wohnung lebe. Er habe sich in der Umgebung einen Bekannten- und Freundeskreis aufgebaut. Sodann lebe sein mündiger Sohn F._____ ebenfalls in C._____. Die Gesuchsgegnerin hingegen habe bis zu ihrem 52. Lebensjahr in einer kleinen Stadt in F._____ in G._____ [Staat] gelebt. Sie sei vor zweieinhalb Jahren in die Schweiz gezogen, um den Gesuchsteller im September 2010 zu heiraten. Den Aussagen des Gesuchstellers zufolge sei es der Gesuchsgegnerin verboten gewesen, Leute ausserhalb seines Freundes- sowie Bekanntenkreises kennenzulernen. Die Gesuchsgegnerin verfüge damit im Gegensatz zum Gesuchsteller über keinen eigenen Bekannten- und Freundeskreis in der näheren Umgebung, der sie bei der Wohnungssuche unterstützen oder ihr vorübergehend eine Wohngelegenheit bieten könnte. Die Gesuchsgegnerin verfüge des Weiteren lediglich über eine Niederlassungsbewilligung B und über keine Deutschkenntnisse, weshalb sie bei der Wohnungssuche erheblich benachteiligt sei. Sodann falle ihr die

Integration in einem neuen Quartier im Gegensatz zum Gesuchsteller, der seit 35 Jahren in der Schweiz lebe, ungleich schwerer. Da beide Parteien wirtschaftliche Sozialhilfe erhielten, werde es in finanzieller Hinsicht für beide Parteien gleich schwer sein, für sich eine erschwingliche Wohnung zu finden. Dem Vorbringen des Gesuchstellers, es sei zu berücksichtigen, dass die Gesuchsgegnerin über keinen gesicherten Aufenthaltsstatus verfüge, weshalb die Wohnungszuteilung an sie unverhältnismässig wäre, weil sie die Schweiz sowieso verlassen werde, könne nicht gefolgt werden. Solange nicht feststehe, dass die Gesuchsgegnerin die Schweiz verlassen müsse, sei dieser Umstand in der vorliegenden Abwägung nicht weiter zu berücksichtigen (Urk. 26 S. 9 f.).

2. Der Gesuchsteller rügt zuerst eine Missachtung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz. Nach Klagebegründung und -antwort habe die Vorinstanz den Parteien einen Vergleichsvorschlag unterbreitet, welcher den Auszug des Gesuchstellers vorgesehen habe. Erst als dieser Aspekt strittig geblieben sei, hätten die Parteien die Möglichkeit zum mündlichen zweiten Parteivortrag erhalten. Mit dieser Vorgehensweise habe die Vorinstanz dem Gesuchsgegner nicht die Möglichkeit gegeben, zu den in der Klageantwort aufgeworfenen neuen Behauptungen Stellung zu nehmen, bevor sie sich in einem Vergleichsvorschlag auf eine Ansicht festgelegt und in der Urteilsbegründung immer noch daran festgehalten habe. Die Vorinstanz habe mit ihrer vorgefassten Auffassung die Parteien nur "pro forma" zu Replik und Duplik eingeladen. Dieses Vorgehen deute auf eine Voreingenommenheit und Befangenheit der Vorinstanz hin, womit dem Gesuchsteller keine Möglichkeit auf einen fairen Prozess gewährt worden sei (Urk. 25 S. 3 f.).

Zudem habe die Vorinstanz die logische Prüfungsreihenfolge der Rechtsprechung betreffend Wohnungszuteilung missachtet: Obwohl die Vorinstanz in der Urteilsabwägung richtig festgehalten habe, dass keine der Parteien ein grösseres Interesse an der ehelichen Wohnung habe glaubhaft machen können, habe die Vorinstanz das Kriterium, welcher Partei der Auszug aus der ehelichen Wohnung eher zugemutet werden könne, falsch geprüft. Die Argumentation der Vorinstanz sei nicht nachvollziehbar, wenn die Gesuchsgegnerin trotz fehlender Bindung zur ehelichen Wohnung nicht ausziehen müsse. Ihr könne es eher zugemutet wer-

den, aus der ehelichen Wohnung auszuziehen und mithilfe der wirtschaftlichen Sozialfürsorge eine neue Wohnung zu finden. Der Gesuchsteller lebe seit zehn Jahren in der ehelichen Wohnung und habe einen Bekannten- und Freundeskreis aufgebaut sowie in unmittelbarer Nähe zur Wohnung im Familiengartenverein drei Parzellen gepachtet. Er verschaffe sich durch die Gartenarbeit den notwendigen Ausgleich für seine angeschlagene Gesundheit (Urk. 25 S. 5 f.). Die Gesuchsgegnerin werde sich genauso gut in einer anderen Gegend im Grossraum Zürich zu Recht finden. Die Vorinstanz unterschätze zudem den Freundes- und Bekanntenkreis der Gesuchsgegnerin, der es ihr bereits ermöglicht habe, eine ...-sprechende [Sprache in G. _____] Anwältin zu organisieren und den Schriftverkehr mit den Behörden abzuwickeln. Auf diesen Freundeskreis könne sich die Gesuchsgegnerin auch bei der Wohnungssuche verlassen. Dass der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin das Kennenlernen untersagt haben solle, sei unrichtig protokolliert worden (und sei für sie kein Grund gewesen, doch neue Freunde und Bekannte kennenzulernen). Die Vorinstanz argumentiere zudem widersprüchlich, wenn sie ausführe, dass der Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin über gemeinsame Bekannte kennengelernt habe, gleichzeitig aber schreibe, dass die Gesuchsgegnerin im Gegensatz zum Gesuchsteller über keinen Bekannten- sowie Freundeskreis verfügen würde (Urk. 25 S. 6). Letztlich hätte die Vorinstanz das Affektionsinteresse des Gesuchstellers höher werten müssen und selbst wenn dem nicht so wäre, auf seinen Mietvertrag abstellen müssen (Urk. 25 S. 7).

3. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, der Gesuchsteller versuche mit bereits vor Vorinstanz vorgebrachten Erklärungen darzulegen, weshalb ihm die eheliche Wohnung zugeteilt werden solle (Urk. 34 S. 3). Keinesfalls könne bei der Gesuchsgegnerin von einer fehlenden Bindung zur ehelichen Wohnung gesprochen werden, wie dies der Gesuchsteller in der Berufung ausführe. Im Gegenteil sei die eheliche Wohnung neben der Ehe mit dem Gesuchsteller die einzige feste Bindung, welche die Gesuchsgegnerin habe, seit sie in der Schweiz lebe. Auch wenn der Gesuchsteller schon länger in der Wohnung lebe, sei zu bedenken, dass die Gesuchsgegnerin ihre Heimat und ihr bisheriges Leben aufgegeben habe, um mit dem Gesuchsteller zusammenzuleben (Urk. 34 S. 6). Die Hobbytätigkeit des Gesuchstellers im Familiengarten könne nicht als Zuweisungsgrund an

ihn ins Gewicht fallen; er sei auch aus gesundheitlichen Gründen nicht auf die Wohnung angewiesen, wie dies bei einer Behinderung der Fall sei. Der Gesuchsteller könne sich eine neue Wohnung in C._____ oder Umgebung suchen und somit seine Gärten weiterhin pflegen (Urk. 34 S. 6 f.). Es treffe nicht zu, dass sich die Gesuchsgegnerin genauso gut in einer anderen Gegend im Grossraum Zürich zu Recht finden werde. Sie habe bis zu ihrem 52. Lebensjahr in einer kleinen Stadt F._____s gelebt. Mit ihrem Eifer, ihrer Offenheit und ihrem Optimismus habe die Gesuchsgegnerin zwar versucht, sich schnell an die neue Umgebung und die Verhältnisse in der Schweiz anzupassen. So habe sie mit der Zeit (trotz den Verboten des Gesuchstellers) ein paar Bekanntschaften schliessen und eine Teilzeitarbeitsstelle finden können, wo man mit ihr sehr zufrieden sei. Eine Integration in einem neuen Quartier sei für sie im Gegensatz zum Gesuchsteller, der seit 35 Jahren in der Schweiz lebe, ungleich schwerer (Urk. 34 S. 7 mit Hinweis auf Urk. 36/1). Die ...-sprechende Rechtsanwältin habe die Gesuchsgegnerin via ihre Nachbarin und Deutschlehrerin sowie die Beratungsstelle für Frauen "... " gefunden (Urk. 34 S. 8). Die Gesuchsgegnerin verfüge im Gegensatz zum Gesuchsteller über keinen Verwandten- oder Bekanntenkreis, welcher ihr vorübergehend eine Wohngelegenheit bieten könnte. Der Gesuchsteller hingegen habe zwei Töchter und zwei Söhne in der Schweiz, wovon drei sogar in je separaten Wohnungen in H._____ und C._____ lebten. Auch der jüngere Bruder des Gesuchstellers wohne in der Schweiz. Zutreffend habe die Vorinstanz in ihrem Entscheid berücksichtigt, dass die Gesuchsgegnerin über eine Niederlassungsbewilligung B verfüge und im Gegensatz zum Gesuchsteller keine Deutschkenntnisse habe, weshalb sie bei der Wohnungssuche erheblich benachteiligt sei (Urk. 34 S. 8).

4. Nachdem den Parteien von der Vorinstanz nach den nur teilweise erfolgreichen Vergleichsgesprächen die Gelegenheit zu Replik und Duplik eingeräumt worden ist (Prot. I S. 10 bis 14), kann von vorneherein nicht von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gesprochen werden. Das Gericht versucht im Eheschutzverfahren, zwischen den Parteien eine Einigung herbeizuführen (Art. 273 Abs. 3 ZPO). Die Versöhnung steht im Eheschutzverfahren damit im Vordergrund (BEK ZPO-Spycher, Art. 273 N 11 unter Hinweis auf Art. 172 Abs. 2 und 3 ZGB). Das Gericht versucht in jeder Phase eines Verfahrens, die Einigung

zwischen den Parteien herbeizuführen (vgl. BSK ZPO-Siehr, Art. 273 N 5). Dabei sind Vergleichsgespräche insbesondere nach den ersten Parteivorträgen sinnvoll (vgl. § 62 ZPO/ZH). In diesem Stadium ist der Aufwand der Parteien im Prozess noch verhältnismässig klein. Zudem ist das Ergebnis des Prozesses vielfach bereits in Umrissen sichtbar, auch wenn der Umfang des Obsiegens und Unterliegens noch nicht immer klar feststeht (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 226 N 18). Die freie Erörterung des Streitgegenstandes stellt grundsätzlich keinen Verstoss gegen die richterliche Neutralität und keinen Befangenheitsgrund im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO dar. Vielmehr handelt es sich um eine zulässige vorläufige und unverbindliche (d.h. unter dem Vorbehalt einer Änderung der Behauptungs- und Aktenlage, einer eigenen besseren Erkenntnis etc.) Einschätzung (vgl. Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 226 N 6). Die Vorbringen des Gesuchstellers sind zudem unsubstantiiert, wenn er nicht einmal ausführt, der vorinstanzliche Richter habe es anlässlich der Vergleichsgespräche an der notwendigen Zurückhaltung mangeln lassen und nicht weiter schildert, womit der Vorderrichter den Eindruck erweckt haben soll, er habe in der Sache unabhängig vom weiteren Verfahren bereits eine gefestigte Meinung gefasst. Auch hat der Gesuchsteller nicht geltend gemacht, welche anlässlich seiner Replik neu vorgebrachten Aspekte nicht beachtet worden sein sollen (vgl. KUKO ZPO-Naegeli, Art. 226 N 6). Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass der Vorinstanz weder eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorgeworfen werden kann, noch objektive Anhaltspunkte für die Befangenheit des vorinstanzlichen Richters bestehen.

5.1. Gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB muss der Eheschutzrichter als Folge des Getrenntlebens unter anderem die Benützung der Wohnung und des Hausrates regeln. 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, Art. 176 ZGB N 36 ff.; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 176 ZGB N 29 ff.; 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 E. 2c; BGer 5A_575/2011 vom 12. Oktober 2011, E. 5.1.2; BGer 5A_416 vom 13. September 2012, E. 5.1.2.2). Führt auch dies zu keinem eindeutigen Ergebnis, ist schliesslich den Eigentums- oder anderen rechtlich geordneten Nutzungsverhältnissen Rechnung zu tragen (BGer 5A_575/2011 vom 12. Oktober 2011, E. 5.1.3; BGer 5A_416 vom 13. September 2012, E. 5.1.2.3).

Zur Ermittlung des grösseren Nutzens hat die Lehre verschiedene Zuteilungskriterien entwickelt. Als übergeordnete relevante Zuteilungskriterien gelten die Zuteilung an den Ehegatten, unter dessen Obhut die Kinder gestellt werden und an denjenigen, der aus beruflichen (z.B. Geschäftsausübung im Haus) oder gesundheitlichen (z.B. behinderter Ehegatte) Gründen auf die eheliche Wohnung angewiesen ist (Bachmann, a.a.O., S. 81). Als untergeordnete – aber immer noch relevante – Zuteilungskriterien gelten das affektive Interesse (z.B. Vorfahren eines Ehegatten bewohnten schon die eheliche Wohnung oder dieser ist sonst wie mit dieser gefühlsmässig mehr verbunden; vgl. BGer 5A_766/2008 vom 4. Februar 2009, E. 3.2; BGer 5A_710/2009 vom 22. Februar 2010, E. 3.1; andere Bundesgerichtsentscheide ordnen jedoch das affektive Interesse dem Kriterium der Zumutbarkeit zu: BGer 5A_575/2011 vom 12. Oktober 2011, E. 5.1.2; BGer 5A_416 vom 13. September 2012, E. 5.1.2.2) sowie die Geeignetheit für den Unterhalt der ehelichen Liegenschaft. Einem Ehegatten kann die eheliche Wohnung auch besser dienen, weil diese sich näher bei seinem Arbeitsort befindet oder er sie zeitlich mehr nutzen kann. Den untergeordneten Zuteilungskriterien kommt entscheidende Bedeutung zu, wenn die Ehegatten keine Kinder haben und keiner der Ehegatten aus beruflichen oder gesundheitlichen Gründen auf die eheliche Wohnung angewiesen ist (Bachmann, a.a.O., S. 83 f.).

5.2. Das Hauptargument der Vorinstanz für die Zuteilung der ehelichen Wohnung an die Gesuchsgegnerin ist der Umstand, dass es dem Gesuchsteller eher als ihr zumutbar sei, eine neue Wohnung zu finden. Die Zumutbarkeit spielt aber gemäss BGE 120 II 1 als Zuteilungskriterium erst eine Rolle, wenn nicht festgestellt werden kann, wem die Wohnung einen grösseren Nutzen bringt. Ob die Wohnung für eine der Parteien einen grösseren Nutzen hat, soll im Folgenden deshalb zuerst geprüft werden: Die Parteien haben keine Kinder, welche in der ehelichen Wohnung leben und auf die es bei der Zuteilung der Wohnung Rücksicht zu nehmen gälte. Auch übt keine der Parteien in der Wohnung ihren Beruf aus bzw. betreibt ein Geschäft und ist die Wohnung nicht auf die Bedürfnisse eines gebrechlichen oder invaliden Familienmitglieds zugeschnitten. Von den Parteien ist einzig die Gesuchsgegnerin in einem Teilzeitpensum erwerbstätig; das untergeordnete Kriterium der Nähe zum Arbeitsplätzen wurde von der Vorinstanz im Ergebnis zu Recht als Zuteilungskriterium verworfen, weist doch die Wohnung trotz der Nähe zu den Arbeitsorten der Gesuchsgegnerin für den nicht arbeitstätigen Gesuchsteller dafür einen höheren zeitlichen Nutzungswert auf. Weiter führt der Gesuchsteller unter Nennung der Nähe der Wohnung zu den gemieteten Familiengärten gesundheitliche Gründe an, die für die Zuteilung der Wohnung an ihn sprächen. Die Gesuchsgegnerin weist jedoch zu Recht auf den Widerspruch hin, dass dem Gesuchsteller trotz angeblicher körperlicher Gesundheitsbeschwerden die Bewirtschaftung von gleich drei Gartenparzellen möglich sei (Urk. 34 S. 6). Da damit die Zuteilungskriterien Sorgerecht, Beruf und Gesundheit die Interessensabwägung nicht zugunsten einer Partei zu entscheiden vermögen, ist im Folgenden das affektive Interesse der Parteien an der Wohnung zu prüfen. Der Gesuchsteller hatte die eheliche Wohnung bereits gut acht Jahre bewohnt (Urk. 2/19), bevor die Gesuchsgegnerin in die Schweiz zog, um ihn im September 2010 zu heiraten. Die Vorinstanz schloss deshalb zu Recht darauf, dass sein Affektionsinteresse grösser als dasjenige der Gesuchsgegnerin sei; etwas anderes macht selbst die Gesuchsgegnerin nicht geltend. Wie oben unter Ziff. 5.1 erwähnt, prüft das Bundesgericht das affektive Interesse einerseits unter dem Titel "Nutzen" andererseits unter demjenigen der "Zumutbarkeit". Weitere Ausführungen dazu erübrigen sich jedoch, da aus nachfolgend aufzuzeigenden Gründen in beiden Fäl-

len die Wohnung dem Gesuchsteller zuzusprechen sein wird.

Im ersten Fall (Prüfung des affektiven Interesses unter dem Titel "Nutzen") fällt die Interessensabwägung aufgrund des grösseren affektiven Interesses zu Gunsten des Gesuchstellers aus und die Zumutbarkeit eines Auszugs muss gar nicht erst geprüft werden.

Im zweiten Fall (Prüfung des affektiven Interesses unter dem Titel "Zumutbarkeit") ist das grössere affektive Interesse des Gesuchstellers gegen die Benachteiligung der Gesuchsgegnerin bei der Wohnungssuche abzuwägen. Diese Benachteiligung ist auf ihren Aufenthaltsstatus, die mangelnden Deutschkenntnisse sowie ihre mangelnde Vernetzung in der Schweiz zurückzuführen. Was letzteres betrifft, führte der Gesuchsteller vor Vorinstanz aus, dass er nicht gewollt habe, dass die Gesuchsgegnerin andere Leute, als jene die sie bereits gekannt hätten, kennenlerne (Prot. I S. 7). Die Gesuchsgegnerin erklärte jedoch, es sei ihr trotz Widerständen gelungen, Bekanntschaften zu schliessen und eine Teilzeitarbeitsstelle zu finden. Aufgrund dieser Ausführungen kann aber dem vorinstanzlichen Argument, wonach der Gesuchsgegnerin die Integration in einem neuen Quartier im Gegensatz zum Gesuchsteller ungleich schwerer falle, nicht gefolgt werden. Ihre eigenen Erklärungen zeigen, dass sich die Gesuchsgegnerin innert verhältnismässig kurzer Zeit in ihrer neuen Umgebung zu integrieren vermochte. Dem Gesuchsteller ist schliesslich entgegen zu halten, dass der Umstand, wonach sich die Parteien über gemeinsame Bekannte kennenlernten, nicht heisst, dass diese in der Schweiz wohnen und die Gesuchsgegnerin bei der Wohnungssuche unterstützen könnten. Die diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen können deshalb nicht als widersprüchlich bezeichnet werden. Obschon die Gesuchsgegnerin damit wenigstens einige Bekannte in der Schweiz hat, steht jedenfalls fest, dass sie hier über keine Familienangehörigen verfügt, bei denen sie kurzfristig unterkommen könnte oder welche sie bei der Wohnungssuche unterstützen könnten. Damit können beide Parteien unter dem Stichwort der Zumutbarkeit Argumente für den Verbleib in der ehelichen Wohnung vorbringen – der Gesuchsteller das affektive Interesse, die Gesuchsgegnerin ihre Benachteiligung auf dem Wohnungsmarkt wegen ihres Aufenthaltsstatus, den mangelnden Deutschkenntnissen und den fehlenden Familienbanden –, ohne dass eines der Argumente darüber zu

entscheiden vermag, welcher Partei der Auszug eher zumutbar ist. Somit kommt schliesslich mit dem auf den Gesuchsteller lautenden Mietvertrag (Urk. 2/19) dem rechtlich geordneten Nutzungsverhältnis das entscheidende Gewicht zu, womit auch im zweiten Fall die Wohnung für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsteller zuzusprechen ist.

5.3. Zusammenfassend ist die Berufung des Gesuchstellers gutzuheissen und die eheliche Wohnung an der ...-Strasse .., C._____, für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsteller zur alleinigen Benützung zuzuweisen. Dabei ist der Gesuchsgegnerin eine angemessene Frist – nämlich bis zum nächsten ortsüblichen Kündigungstermin – anzusetzen, um die eheliche Wohnung zu verlassen. Der Gesuchsteller ist im Gegenzug zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin auf erstes Verlangen ihre persönlichen Gegenstände (sie erhob vor Vorinstanz keinen Anspruch auf den Hausrat und das Mobiliar, Prot. I S. 8) herauszugeben.

IV.

1.1. Die Gesuchsgegnerin beantragt, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin MLaw Y.____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (Urk. 34 S. 2 und 9 ff.).

1.2. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 10. Januar 2013 wurde den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt sowie dem Gesuchsteller Rechtsanwalt ass. jur. X.____ und der Gesuchsgegnerin Rechtsanwältin MLaw Y.____ als unentgeltliche Rechtsbeistände bestellt (Urk. 26 S. 15). In finanzieller Hinsicht ergibt sich seit dem vorinstanzlichen Entscheid bei der Gesuchsgegnerin seit dem 1. März 2013 ein höheres Einkommen aufgrund ihrer zusätzlichen Tätigkeit als Teilzeitreinigungskraft für die I.____ GmbH. Damit verdient sie bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von elf Stunden monatlich Fr. 900.– brutto (Urk. 36/6). Sie ist aber trotzdem nach wie vor auf die Unterstützung durch die Sozialhilfe angewiesen (Urk. 34 S. 10 und Urk. 36/7). Über Vermögen verfügt sie nicht (Urk. 36/8-10). Sodann waren die Gewinnaussichten der Gesuchsgegnerin im Berufungsverfahren nicht beträchtlich geringer als die Verlustgefahren. Ausserdem ist sie auf

einen Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Rechte angewiesen, insbesondere auch da der Gesuchsteller anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Gesuchsgegnerin ist somit auch im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege i.S.v. Art. 118 ZPO zu gewähren.

2. Die Gerichtskosten – deren Höhe unangefochten blieb, weshalb sie gem. Ziff. II.1 oben in Rechtskraft erwachsen – von Fr. 3'000.– (zuzüglich Auslagen von Fr. 337.50 für Dolmetscherkosten) wurden zu $\frac{3}{4}$ dem Gesuchsteller und zu $\frac{1}{4}$ der Gesuchsgegnerin auferlegt, jedoch zufolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Weiter wurde der Gesuchsteller verpflichtet, Rechtsanwältin MLaw Y. _____ eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'750.– zu bezahlen (inkl. MwSt.). Da diese Entschädigung vom Gesuchsteller voraussichtlich nicht erhältlich sein werde, sei sie der unentgeltlichen Rechtsvertreterin direkt aus der Gerichtskasse auszubezahlen (Urk. 22 Dispositiv-Ziffern 8 und 9). Zur Begründung wurde angeführt, in Anbetracht dessen, dass die Parteien hinsichtlich dreier Anträge eine Vereinbarung geschlossen hätten und die Gesuchsgegnerin bei den strittig gebliebenen Anträgen vollumfänglich obsiegt habe, erscheine es als angemessen, den Gesuchsteller als zu $\frac{3}{4}$ unterliegende Partei zu betrachten. Sodann sei der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (Urk. 26 S. 13).

Aufgrund des vorliegenden Berufungsausgangs obsiegt der Gesuchsteller bei den strittig gebliebenen Punkten betreffend die Wohnungszuteilung, die Gesuchsgegnerin obsiegt betreffend das Auskunftsbegehren. Damit rechtfertigt es sich, den Parteien die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren je hälftig aufzuerlegen, zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Entsprechend der Kostenverteilung sind für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

3.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das vorliegende Verfahren 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, dem Zeitaufwand des Ge-

richts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– angemessen.

3.2. Die Parteien tragen die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Damit sind die Kosten für das Berufungsverfahren vollumfänglich der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen, jedoch zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

4. Entsprechend der Kostenverteilung ist die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, dem Gesuchsteller 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 (AnwGebV). Die volle Prozessentschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 2'000.– (inkl. Barauslagen; der Gesuchsteller verlangte keinen Zuschlag für die Mehrwertsteuer) festzusetzen. Da die zuzusprechende Prozessentschädigung von Fr. 2'000.– bei der Gesuchsgegnerin voraussichtlich nicht einbringlich sein wird (vgl. Ziff. IV.1.2 oben), ist diese Rechtsanwalt ass. jur. X. _____ direkt aus der Gerichtskasse auszurichten, wobei der Anspruch mit der Ausrichtung auf den Kanton übergeht (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 und 4 bis 7 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 10. Januar 2013 am 22. Januar 2013 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Der Gesuchsgegnerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin MLaw Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

Die Gesuchsgegnerin wird darauf hingewiesen, dass sie zur Nachzahlung der ihr einstweilen erlassenen Auslagen für die Rechtsvertretung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 Abs. 1 ZPO).

3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die eheliche Wohnung an der ...-Strasse .., C._____, wird für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsteller zur alleinigen Benützung zugewiesen. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, die eheliche Wohnung bis spätestens 30. September 2013 zu verlassen.
2. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin ihre persönlichen Gegenstände auf erstes Verlangen herauszugeben.
3. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 3'000.–, zuzüglich Fr. 337.50 Dolmetscherkosten, werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt, jedoch zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

7. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird dem unentgeltlichen Rechtsbeistand des Gesuchstellers, ass. jur. X._____, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die Parteientschädigung von Fr. 2'000.– geht auf den Kanton Zürich über.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Migrationsamt des Kantons Zürich (nach Eintritt der Rechtskraft) sowie an das Bezirksgericht Bülach, 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 Endentscheid 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, 17. Mai 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. E. Iseli

versandt am: js