

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE190023-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. S. Janssen und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

## **Beschluss und Urteil vom 4. Juli 2019**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 8. April 2019 (EE190071-L)**

**Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 8. April 2019 (Urk. 5/18 = Urk. 2):**

1. Das Begehren der Gesuchstellerin, es sei ihr die eheliche Wohnung an der C.\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich im Sinne einer superprovisorischen Massnahme zuzuweisen und es sei die Vollstreckung der superprovisorischen Massnahme gemäss Verfügung vom 4. April 2019 einzustellen, wird abgewiesen.

Die mit Verfügung vom 4. April 2019 angeordnete Vollstreckungsmassnahme bleibt in Kraft.

2. Die eheliche Wohnung an der C.\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich wird für die Dauer des Verfahrens samt Hausrat und Mobiliar, ausgenommen die persönlichen Effekten der Gesuchstellerin, dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zugewiesen.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
4. (Mitteilungssatz)
5. (Rechtsmittelbelehrung)

**Berufungsanträge:**

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2; Urk. 4 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 4. April 2019 aufzuheben und die eheliche Wohnung an der C.\_\_\_\_-Strasse ... in Zürich der uneingeschränkten Nutzung der Gesuchstellerin zuzuweisen und der Gesuchsteller unverzüglich auszuweisen.
2. Es sei die Verfügung vom 8.4.2019 aufzuheben und im Sinne von Antrag Ziff. 1 gutzuheissen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWSt zulasten des Gesuchsgegners."

des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (Urk. 9 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Berufungsklägerin."

**Erwägungen:**

**I.**

1. Mit Eingabe vom 15. März 2019 leitete die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) vor Vorinstanz ein Eheschutzverfahren ein. Gleichzeitig stellte sie ein superprovisorisches Massnahmebegehren mit dem Antrag, es sei der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) zu verpflichten, die eheliche Wohnung an der C.\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich, unter Mitnahme seiner persönlichen Gegenstände umgehend zu verlassen (Urk. 5/1 S. 2). Mit Verfügung vom 18. März 2019 wurde das superprovisorische Massnahmebegehren abgewiesen und das Gesuch zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs des Gesuchsgegners als vorsorgliche Massnahme weitergeführt (Urk. 5/6). Die Parteien wurden daraufhin zur mündlichen Verhandlung und Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen auf den 14. Mai 2019 vorgeladen (Urk. 5/10). Mit Eingabe vom 2. April 2019 stellte der Gesuchsgegner seinerseits diverse Rechtsbegehren und beantragte insbesondere, es sei ihm die eheliche Wohnung an der C.\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich, inklusive Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens superprovisorisch zuzuteilen (Urk. 5/11 S. 2). Diesem Antrag wurde mit Verfügung vom 4. April 2019 stattgegeben und der Gesuchstellerin befohlen, die eheliche Wohnung bis Montag, 8. April 2019, 16:00 Uhr, unter Mitnahme ihrer persönlichen Effekten zu verlassen, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung und Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle. Zudem wurden die Parteien darauf hingewiesen, dass sie mit separater Post zur

Verhandlung betreffend Stellungnahme zum Antrag des Gesuchsgegners um Zuteilung der ehelichen Wohnung vorgeladen würden (Urk. 5/13). Mit Eingaben vom 5. und 6. April 2019 stellte die Gesuchstellerin wiederum ein superprovisorisches Massnahmebegehren um Zuweisung der ehelichen Wohnung an sie und ersuchte um Einstellung der Vollstreckung der superprovisorischen Massnahme gemäss Verfügung vom 4. April 2019 (Urk. 5/14 S. 2; Urk. 5/16 S. 2). Am 8. April 2019 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Urk. 5/18 = Urk. 2).

2.1. Sowohl gegen die Verfügung vom 4. April 2019 als auch gegen die Verfügung vom 8. April 2019 hat die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 13. April 2019 fristgerecht Berufung erhoben, wobei sie die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 1 S. 2). Betreffend die Verfügung vom 4. April 2019 wurde ein eigenes Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LE190022-O eröffnet und mit Beschluss vom 25. April 2019 auf die Berufung nicht eingetreten (vgl. Urk. 6 in Geschäfts-Nr. LE190022-O).

2.2. Mit Verfügung vom 16. April 2019 wurde der Gesuchstellerin im vorliegenden Berufungsverfahren Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 6). Der Kostenvorschuss ging innert Frist ein (Urk. 7). Die mit Verfügung vom 29. April 2019 (Urk. 8) eingeholte Berufungsantwort datiert vom 13. Mai 2019 (Urk. 9). Mit Verfügung vom 14. Mai 2019 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Stellungnahme zu den vom Gesuchsgegner mit der Berufungsantwort neu eingereichten Unterlagen und neu aufgestellten Behauptungen sowie zum Antrag des Gesuchsgegners auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages von Fr. 10'000.– für das zweitinstanzliche Verfahren angesetzt (Urk. 13). Die Stellungnahme der Gesuchstellerin wurde innert der erstreckten Frist (vgl. Urk. 14) am 31. Mai 2019 erstattet (Urk. 15) und dem Gesuchsgegner am 4. Juni 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 15). Am 13. Juni 2019 reichte der Gesuchsgegner hierzu eine Stellungnahme ein (Urk. 17), welche der Gesuchstellerin am 14. Juni 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (vgl. Urk. 17). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

## II.

1.1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A\_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beru-

fungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

1.2. Soweit in der vorliegenden Berufungsschrift von der Gesuchstellerin lediglich Kritik allgemeiner Natur am vorinstanzlichen Entscheid geübt wird (vgl. insb. Urk. 1 Rz. 5, 8 und 17), genügt die Berufung diesen formellen Begründungsanforderungen nicht. Insoweit ist auf sie nicht einzutreten. Sodann ist festzuhalten, dass weder die Verfügung der Vorinstanz vom 4. April 2019 (Urk. 5/13) noch – mangels Rechtsmittelfähigkeit von erstinstanzlichen Entscheiden über superprovisorische Massnahmen (BGE 137 III 417, E. 1.3; *OGer ZH RE110013 vom 28.10.2011, E. 2.1*) – Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung (Urk. 2) Gegenstand der vorliegenden Berufung sind, weshalb auf die diesbezüglichen Ausführungen in der Berufungsschrift, insbesondere auch auf diejenigen betreffend den Zeitpunkt des Auszugs der Gesuchstellerin, ebenfalls nicht einzutreten ist (vgl. insb. Urk. 1 Rz. 3 ff., 16 und 19 f.).

2.1. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; BGer 5A\_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2).

2.2. Die von der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren neu eingereichte Grundbuchanmeldung vom 14. Februar 1986 (Urk. 3/1) hatte bereits im Zeitraum des vorinstanzlichen Verfahrens Bestand, wurde der Vorinstanz aber nicht vorgelegt. Weshalb die Gesuchstellerin trotz zumutbarer Sorgfalt zu deren Einreichung nicht in der Lage gewesen sein soll, ist weder dargetan noch ersichtlich. Damit muss dieser zusätzlich beigebrachte Beleg als unzulässiges Novum im Rechtsmittelverfahren unbeachtlich bleiben. Dasselbe hat für die vom Gesuchsgegner im Berufungsverfahren erstmals eingereichte Telefonnotiz der KESB Stadt Zürich vom 5. April 2019 sowie den Polizeirapport vom 23. März 2019 (Urk. 12/1-2) zu gelten.

### III.

1. Gegenstand der vorliegenden Berufung ist die vorinstanzliche Zuweisung der ehelichen Wohnung der Parteien an der C. \_\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Verfahrens an den Gesuchsgegner (Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 2). Die Vorinstanz führte zur Begründung im Wesentlichen aus, das Arzteugnis (Urk. 5/12/5) halte klar fest, aufgrund der – unbestrittenen – physischen Einschränkungen (schlechtes Gehen) bestehe ein erhöhtes Sturzrisiko des Gesuchsgegners, wenn er sich in einer ihm ungewohnten Umgebung aufhalte und dass er aufgrund seines Alters ein stabiles Zuhause zum Erhalt seiner psychischen und physischen Gesundheit brauche. Die Gesuchstellerin bestreite nicht, dass die Wohnung in D. \_\_\_\_\_ [Ort] von keiner der Parteien bewohnt worden sei, weshalb ohne Weiteres davon auszugehen sei, dass diese Wohnung für den Gesuchsgegner eine – zumindest im Vergleich zur ehelichen Wohnung in Zürich – ungewohnte Umgebung darstelle. Damit könne vorliegend offen bleiben, ob die Wohnung in D. \_\_\_\_\_ einen Lift, besseren Zugang oder bessere Einkaufsmöglichkeiten biete oder als Altersresidenz gekauft worden sei, zumal diese Wohnung unbestritten keine gewohnte Umgebung und gemäss ärztlicher Bescheinigung damit eine Gefahr für ihn darstelle. Die bloss behauptete und nicht belegte Gefahr für die Kunstgegenstände der Gesuchstellerin stelle kein Kriterium für die Zuteilung der ehelichen Wohnung dar und es sei auch sonst nicht hinreichend belegt, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin Schaden zufügen oder sie loswerden wolle. Die Gesuchstellerin habe sodann – wie bereits in ihrem ursprünglichen Gesuch vom 15. März 2019 – in keiner Weise belegt und damit glaubhaft gemacht, dass ihr die eheliche Wohnung an der C. \_\_\_\_\_-Strasse im Vergleich zum Gesuchsgegner besser diene. Es genüge nicht aufzuzeigen, dass die Wohnung für die Gesuchstellerin von einem grösseren Nutzen wäre bzw. die Zuweisung derselben an sie als zutreffendere Lösung erscheine oder sogar vorzuziehen wäre. Die Gesuchstellerin müsste vielmehr dartun, weshalb die Zuweisung an den Gesuchsgegner offensichtlich unzweckmässig sei und inwiefern der Nutzen, welcher mit der Wohnungszuteilung vom 4. April 2019 erörtert worden sei, qualifiziert falsch eingeschätzt worden sei. Da sich beide Parteien mitt-

lerweile zum jeweiligen Gesuch der Gegenseite um vorsorgliche Zuteilung der ehelichen Wohnung geäussert hätten, seien im Zuge des Massnahmeverfahrens keine weiteren Stellungnahmen mehr einzuholen und sei die Wohnungszuteilung gemäss Verfügung vom 4. April 2019 nach Würdigung der Vorbringen der Gesuchstellerin zu bestätigen und entsprechend als vorsorgliche Massnahme anzuordnen (Urk. 2 S. 4 ff.)

2.1. Indem die Gesuchstellerin in der Berufungsschrift zunächst lediglich ihre bereits vor Vorinstanz geltend gemachte Kritik am Arztzeugnis des Gesuchsgegners vom 27. März 2019 (Urk. 5/12/5) wiederholt (Urk. 1 Rz. 11; vgl. Urk. 5/16 Rz. 5.1) bzw. pauschal auf ihre diesbezüglichen Ausführungen vor Vorinstanz verweist (Urk. 1 Rz. 6), genügt sie nach dem vorstehend Gesagten (E. II.1.1) ihrer Begründungspflicht nicht. Genau damit hat sich die Vorinstanz auseinandergesetzt und ist zutreffenderweise zur Auffassung gelangt, die von der Gesuchstellerin erhobene Kritik überzeuge nicht, zumal keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass das Arztzeugnis – trotz der Ausgestaltung in Fragen und Antworten – falsch sei oder anzuzweifeln wäre (Urk. 2 S. 4). Im Übrigen führt dieses von Dr. med. E.\_\_\_\_\_ aufgesetzte Dokument (Urk. 5/12/5) als Titel explizit "ärztliches Zeugnis" auf, weshalb – entgegen der von der Gesuchstellerin in der Berufung vertretenen Auffassung (Urk. 1 Rz. 11) – nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz diese Urkunde als ein solches gewertet hat. Die Gesuchstellerin bringt berufsweise weiter vor, der Vorinstanz habe mit Urk. 5/12/12 auch ein eigentliches ärztliches Zeugnis der gemeinsamen Ärztin der Parteien vorgelegen, welches vom Vorderrichter vermutlich keines Blickes gewürdigt worden sei (Urk. 1 Rz. 7). Hierbei handelt es sich um eine reine Mutmassung der Gesuchstellerin, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. In den im Verlauf(sbericht) enthaltenen Telefonnotizen vom 22. Februar 2019 bzw. vom 25. Februar 2019, auf welche die Gesuchstellerin in der Berufungsschrift weiter verweist (Urk. 1 Rz. 7), werden sodann lediglich die Ausführungen der Gesuchstellerin gegenüber Dr. med. E.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit der von ihr behaupteten Bedrohung durch den Gesuchsgegner in indirekter Rede wiedergegeben. Es handelt sich somit hierbei um blosser Parteibehauptungen. Im Übrigen ist diesbezüglich zu bemerken, dass in einer Aktennotiz vom 11. März 2019 im Verlauf(sbericht) fest-

gehalten wird, dass Dr. F.\_\_\_\_\_, ... [Stellung] PUK, gegenüber Dr. med. E.\_\_\_\_\_  
ausgeführt hat, "Es sei unklar, wer eigentlich wen bedrohe" (Urk. 5/12/12 S. 1).  
Ohnehin bleibt unklar, was die Gesuchstellerin mit ihrem Vorbringen, die Ärztin  
stelle wiederholt psychotische Symptome beim Gesuchsgegner fest (Urk. 1 Rz.  
7), im Hinblick auf die Wohnungszuteilung zu ihren Gunsten ableiten möchte. Im  
Gegenteil würde eine Beeinträchtigung der psychischen Gesundheit des 88-  
jährigen, mit seiner unbestrittenen Gehbehinderung körperlich beeinträchtigten  
Gesuchsgegners für die Wichtigkeit der Stabilität der Verhältnisse und damit ge-  
rade für eine Zuteilung der ehelichen Wohnung an ihn sprechen.

2.2. In das Kapitel blosser Wiederholungen fallen auch die Ausführungen der Ge-  
suchstellerin in der Berufungsschrift zum Lift, der Vorteilhaftigkeit der Lage sowie  
der fehlenden Fremdheit der im Eigentum der Parteien stehenden Wohnung in  
D.\_\_\_\_ (Urk. 1 Rz. 9 f. und 18; vgl. Urk. 5/14 Rz. 4 ff.). Die Vorinstanz hat aus-  
geführt, das Arzteugnis halte klar fest, aufgrund der – unbestrittenen – physi-  
schen Einschränkung (schlechtes Gehen) bestehe ein erhöhtes Sturzrisiko des  
Gesuchsgegners, wenn er sich in einer ihm ungewohnten Umgebung aufhalte  
und er brauche aufgrund seines Alters ein stabiles Zuhause zum Erhalt seiner  
psychischen und physischen Gesundheit. Die Gesuchstellerin bestreite nicht, so  
die Vorinstanz weiter, dass die Wohnung in D.\_\_\_\_ von keiner der Parteien be-  
wohnt worden sei, weshalb ohne Weiteres davon auszugehen sei, dass diese  
Wohnung für den Gesuchsgegner eine – zumindest im Vergleich zur ehelichen  
Wohnung in Zürich – ungewohnte Umgebung darstelle. Damit könne vorliegend  
offen bleiben, ob die Wohnung in D.\_\_\_\_ einen Lift, besseren Zugang oder bes-  
sere Einkaufsmöglichkeiten biete oder als Altersresidenz gekauft worden sei, zu-  
mal diese Wohnung unbestritten keine gewohnte Umgebung für den Gesuchs-  
gegner und gemäss ärztlicher Bescheinigung damit eine Gefahr für ihn darstelle  
(Urk. 2 S. 4 f.). Auf diese zutreffenden Erwägungen geht die Gesuchstellerin nicht  
im Ansatz ein, womit sie der Begründungspflicht nicht nachkommt. Den entspre-  
chenden Ausführungen in der Berufungsschrift kommt insoweit keine selbständige  
Bedeutung zu. Lediglich der Vollständigkeit ist zu ergänzen, dass auch der Um-  
stand, dass die Wohnung in D.\_\_\_\_ seit Jahrzehnten im Eigentum der Parteien  
steht (vgl. Urk. 5/4/4), wie die Gesuchstellerin in ihrer Berufung betont (Urk. 1 Rz.

10), nichts daran ändert, dass es sich hierbei für den Gesuchsgegner – insbesondere im Vergleich zur von den Parteien bis anhin bewohnten ehelichen Wohnung – um eine fremde bzw. ungewohnte Umgebung handelt, zumal die Parteien unbestrittenermassen nie in der Wohnung in D.\_\_\_\_\_ gewohnt haben (vgl. Urk. 5/14 Rz. 4.2).

2.3. Die Vorinstanz erwog, die bloss behauptete und nicht belegte Gefahr für die Kunstgegenstände der Gesuchstellerin stelle kein Kriterium für die Zuteilung der ehelichen Wohnung dar und auch sonst sei nicht hinreichend belegt, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin Schaden zufügen oder sie loswerden wolle. Im Eheschutz ohne minderjährige Kinder gelte bloss der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz und folglich würden – insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien und im Rahmen eines superprovisorischen Massnahmeverfahrens – Auskünfte und Unterlagen nur eingeholt, falls an der Richtigkeit bisheriger Unterlagen Zweifel bestünden (Urk. 2 S. 5). Mit diesen Erwägungen setzt sich die Gesuchstellerin im Rahmen der Berufungsschrift nicht auseinander, sondern beschränkt sich vielmehr auch hier darauf, im Wesentlichen ihren bereits vor Vorinstanz vertretenen Standpunkt, wonach der Gesuchsgegner sich bei Dritten und zuletzt bei der Polizei äusserst negativ über sie geäussert habe und insofern die Kunstsammlung einer Zerstörungsgefahr ausgesetzt sei (vgl. Urk. 5/14 Rz. 8 f.; Urk. 5/16 Rz. 4), zu wiederholen (Urk. 1 Rz. 12 und 16). Daher ist auf ihre Vorbringen nicht einzutreten (vgl. E. II.1.1). Auch wenn darauf einzutreten wäre und zudem angenommen würde, dass sich der Gesuchsgegner – wie von der Gesuchstellerin behauptet – tatsächlich negativ über die Gesuchstellerin geäussert hätte, was im Übrigen im Rahmen einer strittigen Trennung nicht unüblich ist, kann entgegen der Gesuchstellerin nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass den sich in der ehelichen Wohnung befindlichen Kunstobjekten die Gefahr der Zerstörung durch den Gesuchsgegner droht. Entgegen der Gesuchstellerin geht im Übrigen aus dem Verlauf(sbericht) (Urk. 5/12/12) nicht hervor, dass seit längerem aggressives Verhalten, Todesdrohungen und Zerstörungsabsichten des Gesuchsgegners bestünden, welche auch von ärztlicher Seite ernst genommen würden (vgl. Urk. 1 Rz. 12). Wie bereits dargetan (vgl. E. III.2.1) gibt die Telefonnotiz vom 22. Februar 2019 im Verlauf(sbericht) in Zusammenhang mit diesen

Vorwürfen nur die Ausführungen der Gesuchstellerin in indirekter Rede wieder, was Dr. med. E. \_\_\_\_\_ mit der Bemerkung "subjektiv" auch klar ausgewiesen hat. Im Gegenteil erschliesst sich aus der im Verlaufsbericht enthaltenen Telefonnotiz vom 11. März 2019 sodann gerade, dass Dr. F. \_\_\_\_\_, ... PUK, in Bezug auf den Gesuchsgegner gegenüber Dr. med. E. \_\_\_\_\_ ausführte, es liege akut keine Selbst- oder Fremdgefährdung vor (vgl. Urk. 5/12/12).

Hinsichtlich der neu eingereichten Arztzeugnisse ihrer behandelnden Ärzte Dr. med. E. \_\_\_\_\_ und Dr. med. G. \_\_\_\_\_ vom 9. April 2019 (Urk. 5/20/1-2) bringt die Gesuchstellerin lediglich pauschal vor, diese seien nicht früher erhältlich gewesen (Urk. 1 Rz. 13). Eine Begründung, weshalb dem so gewesen sein soll, fehlt in der Berufungsschrift gänzlich. Die Gesuchstellerin vermag somit nicht substantiiert darzutun, weshalb sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor Ergehen des angefochtenen Entscheides nicht zur Einreichung dieser Arztzeugnisse in der Lage gewesen sein soll. Dies ist vor dem Hintergrund, dass die Gesuchstellerin bereits im Rahmen ihres Eheschutzgesuches vom 15. März 2019 ein superprovisorisches Massnahmebegehren mit dem Antrag, es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, die eheliche Wohnung umgehend zu verlassen, stellte (vgl. Urk. 5/1 S. 2), auch nicht ersichtlich. Damit müssen diese Urkunden als unzulässige Noven im Rechtsmittelverfahren unbeachtlich bleiben (vgl. E. II.2.1).

2.4. Die Gesuchstellerin kritisiert in ihrer Berufung schliesslich die vorinstanzliche Feststellung, dass sie in keiner Weise belegt und damit glaubhaft gemacht habe, dass ihr die eheliche Wohnung an der C. \_\_\_\_\_-Strasse im Vergleich zum Gesuchsgegner besser diene, und macht geltend, die Vorinstanz habe von ihr den vollen Beweis für ihre Behauptungen abverlangt, obwohl das Glaubhaftmachen genüge (Urk. 1 Rz. 3 und 5 f.). Die Gesuchstellerin geht fehl in dieser Annahme, hat die Vorinstanz mit besagter Formulierung im angefochtenen Entscheid (vgl. Urk. 2 S. 5) doch vielmehr zu Recht zum Ausdruck gebracht, dass die Gesuchstellerin es in ihren Ausführungen vor Vorinstanz – abgesehen von der behaupteten Gefahr für die sich in der ehelichen Wohnung befindlichen Gegenstände – unterlassen habe, substantiiert Gründe vorzutragen, weshalb ihr die eheliche Wohnung den grösseren Nutzen bringe. Zwar gilt im Eheschutzverfahren der Untersu-

chungsgrundsatz und ist der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (vgl. Art. 272 ZPO), dies entbindet die Parteien jedoch nicht davon, bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Die Parteien tragen wie unter Geltung des Verhandlungsgrundsatzes die Last, die relevanten Tatsachenbehauptungen aufzustellen, zu bestreiten und wenn nötig zu substantiieren (BK ZPO-Hurni, Art. 55 N 64; *OGer ZH LE150023 vom 30.09.2015, E. II.4.3*; *OGer ZH LE170012 vom 26.06.2017, E. 7.6*). Die Gesuchstellerin zeigt in ihrer Berufungsschrift denn auch nicht – mittels präziser Verweisungen auf die vorinstanzlichen Akten – auf, wo sie die entsprechenden Behauptungen erhoben haben will. Die nunmehrigen Ausführungen in der Berufung, wonach die Gesuchstellerin ihre Bibliothek für die Erarbeitung einer angesagten Performance zur Verfügung haben müsse und je nach Gestaltung einer Ausstellung die entsprechenden Werke aus der Sammlung C.\_\_\_\_-Strasse nehmen können, was für beide Parteien ebenso unzumutbar wie unpraktikabel wäre, mithin dass sie aus beruflichen Gründen besonders auf die eheliche Wohnung angewiesen sei (Urk. 1 Rz. 14 f.), sind verspätet. Sie hätten problemlos bereits vor Vorinstanz vorgebracht werden können und sind nicht mehr zu beachten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Ohnehin ins Leere zielt – angesichts dessen, dass die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Zuteilung der ehelichen Wohnung gar nicht auf diesen Umstand abgestellt hat – im Übrigen das weitere Vorbringen der Gesuchstellerin in der Berufung, der Gesuchsgegner vermelde, er habe sein Büro extra nach Hause verlegt, um Kosten einzusparen, weshalb es keine echte Interpretation brauche, um daraus zu schliessen, dass der Arbeitsort folglich beliebig sei (Urk. 1 Rz. 15).

2.5. Weitere substantiierte Beanstandungen gegen die Zuteilung der ehelichen Wohnung für die Dauer des Verfahrens im Sinne einer vorsorglichen Massnahme an den Gesuchsgegner hat die Gesuchstellerin in ihrer Berufungsschrift nicht vorgebracht bzw. sind nicht ersichtlich.

2.6. Nach dem Gesagten erweisen sich die Vorbringen in der Berufung als unbegründet, weshalb diese abzuweisen ist, soweit auf sie einzutreten ist. Die angefochtene Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen

Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 8. April 2019 ist daher zu bestätigen.

#### IV.

1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 3). Dabei hat es sein Bewenden.

2.1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG auf Fr. 2'500.– festzulegen und ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.2. Ausgangsgemäss ist die Gesuchstellerin sodann zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung für anwaltlich vertretene Parteien (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO) spricht das Gericht nach den Tarifen (Art. 96 ZPO) bzw. der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 zu. Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Der Gesuchsgegner machte zuletzt Anwaltskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 9'400.20 geltend (Fr. 8'475.– Honorar zuzüglich Fr. 253.15 Auslagenpauschale und Fr. 672.05 Mehrwertsteuern; Urk. 9 S. 26; Urk. 12/10). Bei der Bemessung der Parteientschädigung ist der *notwendige* Zeitaufwand nur *ein* Kriterium. Weitere Kriterien sind die Verantwortung des Anwalts und die Schwierigkeit des Falles (vgl. § 2 Abs. 1 lit. c, d, und e sowie § 5 Abs. 1 AnwGebV). Das Bundesrecht gewährt keinen Anspruch auf einen minimalen Anwaltskostenersatz (vgl. z.B. BGE 144 III 164 E. 3.6; *OGer ZH RE160018 vom 15.05.2017, E. III.1*). Die vom Bundesgericht im Zusammenhang mit der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands entwickelten Grundsätze müssen bei der Bemessung der Parteientschädigung nicht beachtet werden. Insbesondere begründet Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO keinen Anspruch auf volle Schadloshaltung der obsiegenden (entschädigungsberechtigten) Partei, d.h.

auf Ersatz bzw. Erstattung der gesamten bei ihr angefallenen Anwaltskosten (*OGer ZH LE180016 vom 11.09.2018, E. D.2*).

Vorliegend handelt es sich um einen durchschnittlichen Fall, der weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten bot. Auch der zeitliche Aufwand hielt sich in Grenzen, nachdem einzig die Zuweisung der ehelichen Wohnung für die Dauer des Eheschutzverfahrens im Streit lag. Mangels strittiger Kinderbelange ist auch von keiner erhöhten Verantwortung auszugehen (*ZR 110/2011 Nr. 67*). Es rechtfertigt sich daher eine Grundgebühr von Fr. 5'400.– (§ 5 Abs. 1 AnwGebV). Da es sich um ein Eheschutzverfahren handelt, ist diese Gebühr auf zwei Drittel und damit Fr. 3'600.– zu ermässigen (§ 6 Abs. 3 AnwGebV). Für die in Ausübung seines Replikrechtes erfolgte weitere Stellungnahme des Gesuchsgegners vom 13. Juni 2019 (Urk. 17) rechtfertigt sich ein Zuschlag von 10% (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Damit beläuft sich die volle Parteientschädigung auf Fr. 3'960.–. Barauslagen können nur entschädigt werden, wenn sie tatsächlich bezahlt wurden (§ 22 Abs. 1 AnwGebV). Pauschalen (die Vertreterin des Gesuchsgegners verlangt in ihrer Honorarnote eine Auslagenpauschale von 3% vom Zeitaufwandhonorar [Urk. 12/10]) werden nicht anerkannt (vgl. *OGer ZH PQ160093 vom 31.03.2017, E. III.3*; *OGer ZH PE110015 vom 13.12.2011, E. III.2.2*). Die Gesuchstellerin hat den Gesuchsgegner somit mit Fr. 3'960.– zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer (vgl. Urk. 9 S. 2), mithin gerundet Fr. 4'265.– zu entschädigen.

3. Der Gesuchsgegner beantragt einen Prozesskostenbeitrag in Höhe von Fr. 10'000.– (zzgl. MwSt.; Urk. 9 S. 2). Die Gerichtskosten sind im vorliegenden Berufungsverfahren vollumfänglich der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Sodann ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine volle Parteientschädigung zu bezahlen (vgl. vorstehende E. IV.2.1 f.). Damit ist das Begehren des Gesuchsgegners um Leistung eines Prozesskostenbeitrages gegenstandslos und abzuschreiben (Art. 242 ZPO; vgl. *OGer ZH LE160003 vom 17.05.2016, E. 4.1*; *OGer ZH RZ170007 vom 15.01.2018, E. 4.2*; *OGer ZH LZ180005 vom 11.06.2018, E. III.3*).

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten soweit sie sich gegen Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 8. April 2019 richtet.
2. Das Gesuch des Gesuchsgegners auf Verpflichtung der Gesuchstellerin zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 8. April 2019 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteienschädigung von Fr. 4'265.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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, 4. Juli 2019

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:  
am