

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY120013-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil und Beschluss vom 3. August 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 3. April 2012 (FE100836)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. März 1987. Aus der Ehe gingen zwei Kinder hervor. Beide sind bereits mündig. Seit dem 29. Juli 2010 stehen die Parteien vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren. Dem Scheidungsverfahren ging ein Eheschutzverfahren vor der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung (Geschäfts-Nr. EE080659), sowie ein anschließendes Rekursverfahren vor der erkennenden Kammer (Geschäfts-Nr. LP090106) voran.

2. Im Rahmen des vorinstanzlichen Scheidungsverfahrens stellte der Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend: Gesuchsteller) am 26. November 2010 ein Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen, mit welchem er die Aufhebung der im Eheschutzverfahren festgesetzten Unterhaltsbeiträge verlangte (Vi Urk. 10 S. 1). Anlässlich der auf den 25. August 2011 angesetzten Verhandlung beantragte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Gesuchstellerin) die Abweisung des Massnahmebegehrens der Gegenseite (Antrag 1) und stellte ihrerseits den Antrag, die im Eheschutzverfahren festgesetzten Unterhaltsbeiträge zu erhöhen (Antrag 2). Gleichzeitig stellte sie bezüglich der Benützung der gemeinsamen Ferienwohnung der Gesuchsteller in C._____ ein eigenes Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Anträge 3 und 4) und begründete dieses. Die Anträge der Gesuchstellerin lauteten wie folgt (Vi Urk. 54 S. 16):

- "1. Die Anträge des Gesuchstellers seien vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Gesuchsteller sei in Abänderung der Eheschutzverfügung vom 1.12.2009 zu verpflichten, für die Gesuchstellerin neu ab 2011 einen Unterhalt von Fr. 9'000.- p.M. zu bezahlen und ab 1. Januar 2012 Fr. 10'000.-.
3. Eventualantrag: Für den Fall, dass die Liegenschaft C._____ nicht verkauft wird, sei der Gesuchsteller zu verpflichten, die gemeinsame Ferienwohnung C._____ der Gesuchstellerin alternierend, in einem Jahr in den geraden Monaten und im darauffolgenden Jahr in den ungeraden Monaten zur alleinigen Nutzung zur Verfügung zu stellen.

4. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin unverzüglich einen Schlüssel zur Wohnung C._____ auszuhändigen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Gesuchstellers."

Mit Eingabe vom 2. September 2011 (Vi Urk. 63) nahm der Gesuchsteller Stellung zu den neuen Ausführungen der Gegenseite und beantwortete das Massnahmebegehren bezüglich der Benützung der Ferienwohnung. Er beantragte sinngemäss, auf das Begehren der Gesuchstellerin nicht einzutreten, eventualiter es abzuweisen. Die Stellungnahme der Gesuchstellerin hierzu datiert vom 1. Oktober 2011 (Vi Urk. 70). Es folgten weitere Eingaben der Gesuchsteller. Am 3. April 2012 erliess die Vorderrichterin folgende Verfügung (Vi Urk. 80 = Urk. 2):

- "1. Das Begehren des Gesuchstellers um Abänderung von Dispositiv Ziffer 4 der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 1. Dezember 2009 und Feststellung, dass kein Unterhalt mehr geschuldet ist, wird abgewiesen.
2. Das Begehren der Gesuchstellerin um Erhöhung der mit Verfügung der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Zürich vom 1. Dezember 2009 festgesetzten Unterhaltsbeiträge wird abgewiesen.
3. Die Gesuchsteller werden verpflichtet, ihre variablen Lohnbestandteile ab Rechtskraft des Abänderungsentscheides hälftig zu teilen. Die Gesuchsteller werden zur Ermittlung des jeweiligen geschuldeten Betrages verpflichtet, sich gegenseitig un- aufgefordert die für die Steuererklärung relevanten Lohnunterlagen zukommen zu lassen.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheides die gemeinsame Ferienwohnung C._____ alternierend, in einem Jahr in den geraden Monaten und im darauffolgenden Jahr in den ungeraden Monaten zur alleinigen Nutzung zur Verfügung zu stellen. Ebenso wird der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchstellerin ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheides unverzüglich einen Schlüssel zur Wohnung C._____ auszuhändigen.
5. Über die Kosten wird im Endentscheid befunden.
6. ... (Mitteilungssatz)
7. ... (Rechtsmittel)"

3. Gegen den Entscheid der Vorderrichterin erhob der Gesuchsteller am 23. April 2012 Berufung mit folgendem Antrag (Urk. 1 S. 2):

"Dispositiv Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben; unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zu Lasten der Beklagten und Appellatin."

Überdies stellte er den prozessualen Antrag, der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Verfügung vom 27. April 2012 (Urk. 6) schob der Kammerpräsident die Vollstreckung der angefochtenen vorsorglichen Massnahme auf und setzte dem Gesuchsteller gleichzeitig Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an. Nach Eingang des Vorschusses (Urk. 10) wurde der Gesuchstellerin am 4. Juni 2012 Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 11). Die Antwortschrift datiert vom 18. Juni 2012 und enthält folgenden Antrag (Urk. 12 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten abzuweisen."

Mit Verfügung vom 21. Juni 2012 (Urk. 13) wurde dem Gesuchsteller Frist angesetzt, um zu den Noven in der Berufungsantwort Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme des Gesuchstellers datiert vom 16. Juli 2012 (Urk. 15) und wurde der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 18).

II.

1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Wird der Entscheid ab dem 1. Januar 2011 eröffnet, kommt im Instanzenzug die neue Rechtsmittelordnung gemäss ZPO zur Anwendung. Dies gilt gemäss ZR 110 Nr. 32 auch für Zwischenentscheide über vorsorgliche Massnahmen. Damit ist für das vorliegende Rechtsmittelverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung anzuwenden.

2. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Abweisung der Abänderungsanträge betreffend den Unterhalt blieb unangefochten. Damit sind die Dispositivziffern 1 bis 3 der erstinstanzlichen Verfügung am 19. Juni 2012 in Rechtskraft erwachsen (Urk. 12). Dies ist vorzumerken.

3. Der Gesuchsteller wirft die Frage auf, ob die Vorderrichterin als Massnahmerichterin überhaupt eine Anordnung über die Benützung der Ferienwohnung hätte treffen dürfen (Urk. 1 S. 4). Dazu Folgendes: Für das erstinstanzliche Verfahren bleibt das bisherige Verfahrensrecht anwendbar (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 137 Abs. 2 aZGB trifft das Gericht die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Die Bestimmungen über den Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar (ebenso unter neuem Verfahrensrecht: Art. 276 Abs. 1 ZPO). Die sinngemässe Anwendung des Eheschutzrechts bedeutet keine Einschränkung der möglichen Massnahmen im Sinne eines numerus clausus (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 137 Abs. 2 aZGB). Die Vorderrichterin war daher ohne Weiteres befugt, über die Nutzung der Ferienwohnung zu entscheiden. Offen bleiben kann vorliegend, ob eine entsprechende Regelung bereits im Eheschutzverfahren zulässig gewesen wäre. Zumindest in der Literatur wird einhellig die Auffassung vertreten, dass das Eheschutzgericht auch über die Benützung einer Zweit- oder einer regelmässig benützten Ferienwohnung zu entscheiden habe, falls ein Begehren eines Ehegatten dafür vorliegt (Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 86 f.; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 36; wohl auch BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 176 ZGB N 29).

4. Die Gesuchstellerin bezeichnet ihren Antrag bezüglich der Benützung der Ferienwohnung in C._____ als Eventualantrag, für den Fall, dass die Liegenschaft C._____ nicht verkauft werde. Über die Aufhebung des Miteigentums und damit einen allfälligen Verkauf der Liegenschaft kann nur im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung im Hauptverfahren entschieden werden. Eine Regelung der Benützung der Ferienwohnung im Massnahmeverfahren geht dem Entscheid über die Aufhebung des Miteigentums in zeitlicher Hinsicht zwangsläufig voran. Insofern kann es sich beim Antrag der Gesuchstellerin gar nicht um einen Eventualantrag handeln, weshalb er als Hauptantrag entgegenzunehmen ist. Im Übrigen hat die anwaltlich verbeiständete Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Scheidungsverfahren, soweit ersichtlich, bis heute keinen formellen Antrag auf Aufhebung des Miteigentums an der Ferienwohnung in C._____ gestellt; sie wies

lediglich wiederholt darauf hin, dass sie der Meinung sei, dass die Liegenschaft bestmöglich zu verkaufen sei (Vi Urk. 14 S. 7; Vi Urk. 54 S. 7; Vi Urk. 58 S. 5).

5. Der Gesuchsteller bringt mit seiner Berufungsschrift zahlreiche neue Behauptungen im Zusammenhang mit seiner angeblichen Wohnsitznahme in C._____ vor (Urk. 1 S. 6 ff.), und reicht neue Urkunden ins Recht (Urk. 4/2-5 und 17/1-2). Neue Vorbringen sind im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Das eingeschränkte Novenrecht gilt nach der Praxis der erkennenden Kammer auch, wenn der Sachverhalt – wie vorliegend – von Amtes wegen festzustellen ist (ZR 111 Nr. 35; ZR 110 Nr. 96). Die neuen Behauptungen des Gesuchstellers erweisen sich allesamt als verspätet und sind entsprechend nicht zuzulassen. Verspätet ist auch die Behauptung der Gesuchstellerin, dass sie auch gerne wieder Bergwandern und Golf-, Ski- oder Langlauf-ferien in der von ihr eingerichteten Wohnung verbringen würde (Urk. 12 S. 8). Als echte Noven zu qualifizieren sind hingegen die Ausführungen der Gesuchstellerin zu den Besuchen des Gesuchstellers im Golfclub D._____ am 22. April und am 2. Juni 2012 (Urk. 12 S. 8) sowie zu seiner Geburtstagsfeier (Urk. 12 S. 9).

III.

1. Die Gesuchstellerin verblieb nach der Trennung zusammen mit den beiden erwachsenen Kindern der Parteien in der ehelichen Wohnung an der ...-Strasse ... in E._____. Die Attikawohnung wurde ihr mit Verfügung der Eheschutzrichterin vom 1. Dezember 2009 für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zugewiesen (Vi Urk. 9/54 Disp.-Ziff. 2). Der Gesuchsteller ist Mieter einer Wohnung an der ...-Strasse ... im ...-Quartier. Am 9. Dezember 2010 äusserte er gegenüber der Gesuchstellerin die Absicht, die Ferienwohnung am ... in C._____ alleine zu bewohnen, und kündigte an, die Schlösser der Ferienwohnung auszuwechseln. Die Gesuchstellerin protestierte gegen das geplante Vorgehen (vgl. div. Schreiben der Rechtsvertreter, Vi Urk. 56/18), was den Gesuchsteller aber offenbar nicht davon abhielt, dieses trotzdem umzusetzen. Im Januar

2011 hinterlegte der Gesuchsteller auch seine Schriften in C._____. Sowohl die Wohnung an der ...-Strasse in E._____ als auch die Zweitwohnung in C._____ stehen im Miteigentum beider Gesuchsteller.

2. Die Gesuchstellerin führte vor Vorinstanz unter anderem aus, dass der Gesuchsteller in Tat und Wahrheit in F._____ lebe und die Wohnung in C._____ nach wie vor eine wenig benutzte Ferienwohnung sei. Dass es sich lediglich um ein scheidungstaktisches Manöver handle, zeige auch der Umstand, dass der Gesuchsteller seine Autoschilder lediglich deponiert habe, was höchstens für 24 Monate möglich sei. Zudem bleibe er Vollmitglied im Golfclub D._____, wobei in der Regel am Wochenende Golf gespielt werde (Vi Urk. 54 S. 6).

3. Der Gesuchsteller entgegnete, dass er jedes Wochenende in C._____ sei. Er habe seine ... Autoschilder abgegeben und offenbar würden sie in F._____ einstweilen für zweimal zwölf Monate deponiert. Die Vollmitgliedschaft im Golfclub D._____ wolle er in der Hoffnung um geschäftliche Kontakte nicht aufgeben (Vi Urk. 63 S. 12 f.).

4. Zur Ausgangslage zunächst was folgt: Der Gesuchsteller geht davon aus, dass das vorliegende Massnahmeverfahren ein Abänderungsverfahren in Bezug auf den Eheschutzentscheid vom 1. Dezember 2009 darstelle. Dabei hält er selbst fest, dass die Frage der Zuteilung der Ferienwohnung damals offen blieb (Urk. 1 S. 4). Die Eheschutzrichterin äusserte sich in ihrem Entscheid nicht zur Benützung der Ferienwohnung. Dazu hatte sie mangels entsprechenden Antrags auch keine Veranlassung (vgl. Vi Urk. 9/54). Wo aber nichts geregelt wurde, kann auch nichts abgeändert werden. Über die Benützung der Ferienwohnung ist im vorliegenden Massnahmeverfahren – in Ergänzung zu den bestehenden Eheschutzmassnahmen – erstmals zu entscheiden, weshalb es nicht auf eine allfällige Veränderung der Verhältnisse ankommen kann. Nichts ableiten lässt sich auch aus dem Umstand, dass die Eheschutzrichterin bei der Unterhaltsberechnung die Kosten für die Zweitwohnung in C._____ vorab vom Einkommen des Gesuchstellers in Abzug brachte. Wäre die Eheschutzrichterin – in der Annahme, dass die Gesuchsteller die Kosten je zur Hälfte tragen würden – anders verfahren, wäre der Unterhaltsbeitrag an die Gesuchstellerin entsprechend höher ausgefallen. Im

Ergebnis hätte sich nichts geändert. Der Gesuchsteller geht daher zu Unrecht davon aus, dass bereits die dargelegte Berechnungsvariante bzw. der (bloss rechnerische) Abzug von seinem Einkommen ihn berechtige, die Wohnung alleine zu nutzen (Vi Urk. 63 S. 20). Es bleibt dabei, dass die Eheschutzrichterin über die Benützung der Ferienwohnung nicht entschieden hatte.

5. Gemäss dem vorliegend sinngemäss anwendbaren Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB muss das Gericht 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 39 f.; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 176 ZGB N 29 f.; Gloor, Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1987, S. 9 f.; Bachmann, a.a.O., 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 zuzumutbar ist (BGE 120 II 3 E. 2d).

6. Zur Ermittlung des grösseren Nutzens hat die Lehre verschiedene Zuteilungskriterien entwickelt. Als übergeordnete 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) sowie die Geeignetheit für den Unterhalt der ehelichen Liegenschaft. Einem Ehegatten kann die eheliche Wohnung auch

besser dienen, weil er mehr Zeit darin verbringt oder diese sich näher bei seinem Arbeitsort befindet (Bachmann, a.a.O., S. 83 f.). 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.

7. Nicht relevante Zuteilungskriterien sind solche, die keinen Zusammenhang mit der Wohnung haben (Bachmann, a.a.O., S. 84). Bereits vorab ist daher darauf hinzuweisen, dass für den vorliegenden Zuteilungsentscheid nicht ausschlaggebend sein kann,

- ob der Gesuchsteller mit der behaupteten Wohnsitznahme in C._____ aus prozesstaktischen Gründen versucht, seine persönlichen Kosten in die Höhe zu schrauben, wie die Gesuchstellerin geltend macht (Vi Urk. 54 S. 5),
- ob der Gesuchsteller, nachdem er im ... [Quartier in F._____] in einer angeblich relativ kleinen Wohnung wohnte und die Gesuchstellerin oben in E._____ in ihrer angeblich 400m² grossen 6 ½-Zimmer-Attikawohnung "thronte", Anspruch auf eine einigermaßen gleich gute Wohnqualität wie früher hatte, wie er selbst geltend macht (Vi Urk. 63 S. 12), oder
- wessen Wohnkosten nun (mit oder ohne Ferienwohnung) höher sind.

Auf die diesbezüglichen Vorbringen der Gesuchsteller ist daher nicht weiter einzugehen.

8. Die Vorderrichterin erwog im Wesentlichen, dass im Gegensatz zur ehelichen Wohnung, welche derjenigen Partei zuzuteilen sei, welche das grössere Interesse an der Nutzung aufweise, bei einer Ferienwohnung beide Parteien das gleich grosse Interesse daran hätten, die Ferienwohnung zu nutzen, um sich dort zu erholen. So sei auch in BGE 119 II 193 festgehalten worden, dass eine wechselweise Benutzung der Ferienwohnung durch beide Parteien alles andere als abwegig sei. Da im vorliegenden Fall die Ferienwohnung in C._____ nicht als

eheliche Wohnung gelte, der Gesuchsteller seinen Lebensmittelpunkt in F._____ habe und deswegen keine Gründe ersichtlich seien, weshalb er einen ausschliesslichen Anspruch auf die Wohnung in C._____ haben sollte, sei diese nicht einem der Gesuchsteller zur alleinigen Benutzung zuzuweisen. Vielmehr hätten beide Gesuchsteller als Miteigentümer ein Anrecht darauf, die Wohnung alternierend zu nutzen (Urk. 2 S. 38 f.).

9. Der Auffassung der Vorderrichterin, wonach bei der Zuweisung einer Ferienwohnung im Gegensatz zur ehelichen Hauptwohnung nicht darauf abgestellt werden könne, wem diese besser diene, sondern grundsätzlich eine Zuteilung an beide Ehegatten zu erfolgen habe, kann so nicht gefolgt werden. Eine zeitliche Aufteilung kann bei Ferienwohnungen zwar durchaus sinnvoll sein, sofern die Ehegatten nach Auflösung des gemeinsamen Haushalts unabhängig von dieser bisherigen Zweitwohnung getrennt leben. Es besteht allerdings auch die Gefahr, dass eine solche Regelung ihrerseits Anlass zu zusätzlichen Konflikten gibt (Bachmann, a.a.O., S. 85; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 176 ZGB N 31). Sodann versteht es sich von selbst, dass oft beide Ehegatten daran interessiert sind, eine Ferienwohnung zu nutzen, um sich dort zu erholen. Wo dies nicht der Fall ist, wird eine gerichtliche Zuteilung entbehrlich sein. Können sich die Ehegatten aber nicht über die Nutzung einer Zweitwohnung einigen, kommt das Gericht nicht umhin, unter Berücksichtigung aller bestehenden Interessen der Parteien nach freiem Ermessen über die Benützung zu entscheiden. Beabsichtigt der eine Ehepartner, die Zweitwohnung dauerhaft oder zumindest regelmässig an den Wochenenden zu bewohnen, so spricht nichts dagegen, ihm diese zur alleinigen Benützung zuzuweisen, sofern der andere Ehegatte überdies kein besonders grosses Interesse an der Wohnung zeigt.

10. Die Gesuchstellerin konzentriert sich darauf, darzutun, dass die Wohnung in C._____ nach wie vor eine wenig benutzte Ferienwohnung sei. Im Übrigen nennt sie für ihren Zuteilungsantrag kein einziges Argument, welches in einem sachlichen Zusammenhang mit der fraglichen Ferienwohnung stehen würde. Es scheint ihr einzig um die befürchteten Folgen des Entscheids auf die Unterhaltsregelung bzw. um ein theoretisches Gleichberechtigungsprinzip zu gehen.

Dies mag für den Gesuchsteller ebenfalls ein Argument gewesen sein. Zudem mögen auch steuerliche Gründe für ihn eine Rolle gespielt haben. Entscheidend ist aber, dass der Gesuchsteller zumindest klar die Absicht bekundet, seine Wochenenden regelmässig in C._____ zu verbringen. Die Gesuchstellerin brachte nichts dergleichen vor resp. ihre einzige in diese Richtung gehende Behauptung erweist sich als verspätet (vgl. Ziff. II.5 vorstehend). Weiter mag die Feststellung der Vorinstanz, dass der Gesuchsteller seinen Lebensmittelpunkt in F._____ habe, zutreffend sein. Alleinstehende, welche während der Woche in einer eigenen Wohnung am Arbeitsort übernachten und das Wochenende in einem Haus auf dem Land, aber nicht bei den Eltern oder Geschwistern verbringen, haben in der Regel am Wochenaufenthalts- und Arbeitsort Wohnsitz (vgl. BSK-Staehelin, Art. 23 ZGB N 15; BGE 125 I 57 f.). Dass der Gesuchsteller werktags in F._____ übernachtet, war stets unbestritten. Ob es sich bei der Wohnung in C._____ nun um seinen Haupt- oder Zweitwohnsitz handelt, ist jedoch nicht von entscheidender Bedeutung. Insofern ist auch nicht ausschlaggebend, wo der Gesuchsteller seinen Geburtstag feiert oder ob er noch Mitglied des Golfclubs D._____ ist und dort auch ab und zu Golf spielt, wie die Gesuchstellerin geltend macht. Unbeachtlich sind grundsätzlich auch die Eigentumsverhältnisse (Bachmann, a.a.O., S. 82). Auch dass der Gesuchsteller sich bereit erklärt, im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung über einen Verkauf beider Liegenschaften zu diskutieren (Urk. 1 S. 3), kann ihm nicht zum Nachteil gereichen. Insgesamt ist davon auszugehen, dass die Ferienwohnung in C._____ derzeit eher den praktischen Bedürfnissen des Gesuchstellers dient.

11. Etwas anderes ergibt sich schliesslich auch nicht aus der von der Vorderrichterin erwähnten Entscheidung des Bundesgerichts. Dieses hat in BGE 119 II 193 im Rahmen einer Willkürprüfung lediglich erwogen, dass die wechselweise Benutzung eines Ferienhauses durch beide Parteien alles andere als abwegig sei, wobei es davon auszugehen hatte, dass das Ferienhaus von den Ehegatten nur sporadisch bewohnt werde und der ansprechende Ehegatte nicht die Absicht habe, seinen Wohnsitz dorthin zu verlegen. Insofern unterscheidet sich der dem genannten Bundesgerichtsurteil zugrunde liegende Fall vom hier zu beurteilenden in einem wesentlichen Punkt.

12. Der Vollständigkeit halber ist die Gesuchstellerin darauf hinzuweisen, dass sich ihre Befürchtung, dass die Abweisung ihres Zuweisungsantrags ihren Unterhaltsanspruch schmälern könnte, als unbegründet erweist. Es wird Sache der Scheidungsrichterin sein, zu prüfen, ob sich der effektive Wohnaufwand des Gesuchstellers im Vergleich mit demjenigen der Gesuchstellerin und unter Berücksichtigung der finanziellen Verhältnisse der Gesuchsteller noch als angemessen erweist, oder ob dem Gesuchsteller ein hypothetischer Wohnungszins angerechnet werden muss (vgl. Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, in: AJP 10/2007 S. 1232).

13. Nach dem Gesagten ist die Berufung gutzuheissen. Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung der Vorderrichterin ist aufzuheben und die entsprechenden Anträge der Gesuchstellerin sind abzuweisen.

IV.

1. Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen sind zu überprüfen. Das Dispositiv hält dazu einzig fest, dass über die Kosten im Endentscheid befunden werde. Dies blieb unbeanstandet und ist gestützt auf § 71 Satz 1 ZPO/ZH so zu belassen, hat aber richtigerweise auch für die Entschädigungsfolgen zu gelten.

2. Im Berufungsverfahren unterliegt die Gesuchstellerin vollumfänglich. Ausgangsgemäss wird sie kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung der § 12 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 8 Abs. 1 Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist gestützt auf §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1, 9 und 13 Abs. 1 und 4 Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 auf Fr. 3'000.– zuzüglich Fr. 240.– (8% Mehrwertsteuer) zu veranschlagen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 der Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 3. April 2012 am 19. Juni 2012 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung des Gesuchstellers wird Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 3. April 2012 aufgehoben und die Anträge der Gesuchstellerin auf Zuweisung der Ferienwohnung in C._____ zur alternierenden Benützung sowie auf Verpflichtung des Gesuchstellers zur Aushändigung eines Schlüssels zur Ferienwohnung in C._____ werden abgewiesen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen der erstinstanzlichen Verfügung werden im Endentscheid geregelt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt. Sie werden mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss verrechnet, sind ihm aber von der Gesuchstellerin zu ersetzen.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'240.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchsteller sowie an die Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 3. August 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
ss