

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY150005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

## Urteil vom 13. März 2015

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Ehescheidung / vorsorgliche Massnahmen**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 22. Januar 2015; Proz. FE140185**

**Rechtsbegehren der Klägerin:**

(act. 5/19 S. 2)

1. Es sei die eheliche Liegenschaft an der C.\_\_\_\_\_strasse ... in ... D.\_\_\_\_\_ samt Hausrat und Mobiliar mit Ausnahme der persönlichen Effekten des Beklagten/Massnahmebeklagten der Klägerin/Massnahmeklägerin zur alleinigen Benützung zuzuweisen, und es sei dem Beklagten/Massnahmebeklagten Frist anzusetzen, die Liegenschaft bis spätestens 30. November 2014 zu verlassen.
2. Die Gerichtskosten seien vollumfänglich dem Beklagten/ Massnahmebeklagten aufzuerlegen. Ferner sei der Beklagte zur Bezahlung einer angemessenen Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zu verpflichten.

**Rechtsbegehren des Beklagten:**

(act. 5/30 S. 1 und Protokoll Vorinstanz S. 4 sinngemäss)

1. Die Anträge der Massnahmeklägerin seien abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Liegenschaft an der C.\_\_\_\_\_strasse ... in D.\_\_\_\_\_ samt Hausrat dem Beklagten zuzuweisen.
3. Subeventualiter sei dem Beklagten ein unentgeltliches und unbefristetes Wohnrecht an der Liegenschaft einzuräumen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Klägerin.

**Verfügung des Bezirksgerichtes Dietikon:**

(act. 5/52 = act. 4)

1. Die eheliche Wohnung an der C.\_\_\_\_\_strasse ..., ... D.\_\_\_\_\_, wird, inkl. Hausrat und Mobiliar, für die Dauer des Getrenntlebens dem Beklagten zur alleinigen Benützung zugewiesen. Die Klägerin ist jedoch berechtigt, ihre persönlichen Effekten mitzunehmen.  
Die Klägerin verlässt die Wohnung spätestens per 30. Juni 2015 bzw. holt bis dann ihre persönlichen Effekten ab.
2. Die Kostenregelung bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
- 3./4. Mitteilung / Rechtsmittel

### **Berufungsanträge der Klägerin:**

(act. 2 S. 2)

1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht, vom 22. Januar 2015 (Geschäfts-Nr. FE140185-M / Z01, Beleg B S. 10) sei hinsichtlich Dispositiv Ziffer 1 aufzuheben, und durch folgende Fassung zu ersetzen:  
"Die eheliche Wohnung an der C.\_\_\_\_\_strasse ..., ... D.\_\_\_\_\_, wird, inkl. Hausrat und Mobiliar mit Ausnahme der persönlichen Effekten des Beklagten für die Dauer des Getrenntlebens der Klägerin zur alleinigen Benützung zugewiesen. Der Beklagte wird verpflichtet, die eheliche Wohnung spätestens per 30. Juni 2015 zu verlassen."
2. Die Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht, vom 22. Januar 2015 (Geschäfts-Nr. FE140185-M / Z01, Beleg B S. 10) sei hinsichtlich Dispositiv Ziffer 2 aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:  
"Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt.  
Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 3'500.00 zuzüglich 8% MWSt zu bezahlen."
3. Die Vollstreckbarkeit des vorinstanzlichen Entscheides sei im Umfang der Berufungsanträge bis zur rechtskräftigen Erledigung der Streitsache aufzuschieben.
4. Die Gerichtskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens seien vollumfänglich dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
5. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung von CHF 3'500.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

### **Erwägungen:**

#### 1. Einleitung, Prozessgeschichte

Die Parteien haben am 6. April 1984 geheiratet. Am tt.mm.1984 wurde der Sohn E.\_\_\_\_\_, am tt.mm.1991 die Tochter F.\_\_\_\_\_ geboren (act. 5/18/2/3). Die Kinder leben nicht mehr bei den Eltern. Mit Eingabe vom 23. September 2014 stellte der Beklagte beim Bezirksgericht Dietikon ein Eheschutzbegehren (act. 5/18/1), zog dieses aber am 24. Oktober 2014 wieder zurück (act. 5/18/9). Am 27. September 2014 reichte die Klägerin bei der Vorinstanz die Scheidungsklage ein (act. 5/1). Mit Eingabe vom 14. November 2014 stellte

die Klägerin das eingangs erwähnte Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 5/19). Am 28. November 2014 führte die Vorinstanz die Verhandlung bezüglich des Massnahmebegehrens durch. Der Beklagte stellte seinerseits Anträge (Protokoll Vorinstanz S. 3 ff. act. 5/30). Mit Verfügung vom 22. Januar 2015 entschied das Bezirksgericht Dietikon, die eheliche Wohnung werde für die Dauer des Getrenntlebens dem Beklagten zugewiesen. Die Klägerin wurde verpflichtet, die Wohnung bis am 30. Juni 2015 zu verlassen (act. 4). Dieser Entscheid wurde der Klägerin am 29. Januar 2015 zugestellt (act. 5/59). Mit Eingabe vom 4. Februar 2015 (Datum Poststempel) erhob sie rechtzeitig Berufung und stellte die zitierten Anträge (act. 2). Mit Verfügung vom 11. Februar 2015 wurde der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Der Klägerin wurde Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 1'500.00 angesetzt (act. 6). Der Vorschuss wurde fristgerecht bezahlt (act. 7). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Erwägungen der Vorinstanz

Der Beklagte brachte im Verfahren vor dem Bezirksgericht vor, die Klägerin habe die eheliche Wohnung aus freiem Entschluss für unbestimmte Zeit verlassen und habe sich in ihrer früheren Heimat G.\_\_\_\_\_ [Staat in Südostasien] aufgehalten. Die Wohnung an der C.\_\_\_\_\_strasse ... in D.\_\_\_\_\_ sei deshalb keine Familienwohnung im Sinne von Art. 176 ZGB i.V.m. Art. 276 ZPO mehr, die in einem Massnahmeverfahren zugeteilt werden könne. Die Vorinstanz verwarf diesen Einwand. Sie erwog, dass die Klägerin bis zur Wegweisung im Rahmen eines Gewaltschutzverfahrens ihren Lebensmittelpunkt in der ehelichen Wohnung gehabt habe. In der Zeit von August 2013 bis Juni 2014 habe sie sich in G.\_\_\_\_\_ aufgehalten, wo sie ihre sterbenskranke Mutter gepflegt habe. Der Beklagte sei während dieser Zeit ebenfalls für sechs oder sieben Wochen nach G.\_\_\_\_\_ gereist. Die Klägerin habe sich während also knapp eines Jahres in G.\_\_\_\_\_ aufgehalten, um die Mutter zu pflegen. Der Beklagte sei damit einverstanden gewesen. Es bestünden keine Anzeichen dafür, dass die Klägerin die eheliche Wohnung endgültig habe verlassen und das Zusammenleben nicht wieder aufnehmen wollen. Die Wohnung sei deshalb im Rahmen des Massnahmeverfahrens zuzuteilen.

Bei der Zuteilung der ehelichen Wohnung komme es weder darauf an, wem die Wohnung gehöre, noch wer die Trennung der Ehegatten verschuldet habe. Wesentlich sei einzig, welche Partei das grössere Interesse an der Wohnung habe. Seien keine minderjährigen Kinder vorhanden, so sei die Wohnung demjenigen zuzuteilen, dem sie wegen seines Berufes, Alters oder der Gesundheit besser diene. Behelfsmässig könne berücksichtigt werden, wer die Wohnung zuvor bewohnt habe oder wer in ihr einen Beruf oder ein Gewerbe ausübe. Könne anhand dieser Kriterien nicht eindeutig ausgemacht werden, wem die Wohnung den grösseren Nutzen bringe, so habe derjenige auszuziehen, dem dies unter Würdigung aller Umstände eher zuzumuten sei.

Die Parteien hätten verschiedene Behauptungen aufgestellt, die von der Gegenpartei bestritten und nicht glaubhaft gemacht worden seien. So sei nicht erstellt, dass die Klägerin zeitweilig eine Wohnung in Zürich gemietet habe und dass es ihr alternativ möglich sei, bei Bekannten in H.\_\_\_\_\_ zu wohnen. Dies nachdem die Klägerin behauptet habe, der Beklagte habe sie bei den Bekannten verunglimpft, so dass sie in H.\_\_\_\_\_ nicht mehr aufgenommen werde. Ebenfalls nicht glaubhaft gemacht sei die Behauptung der Klägerin, dass der Beklagte hauptsächlich ausser Haus gelebt habe, weshalb es ihm möglich sei, sich erneut kurzfristig dementsprechend einzurichten. Der Beklagte habe zwar eingeräumt, dass er zeitweise im ...loch im I.\_\_\_\_\_ und in den Höhlen von J.\_\_\_\_\_ campiert habe, doch habe es sich dabei nach seiner Darstellung um eine Notmassnahme gehandelt. Bei einer Bekannten habe er viermal übernachtet, doch habe diese lediglich ein kleines Zimmer, weshalb er dort nicht wohnen könne. Glaubhaft gemacht habe der Beklagte bis dahin einzig, dass die eheliche Wohnung für ihn einen gewissen Affektionswert habe, da er seit der Kindheit in der Wohnung lebe.

Der Beklagte habe erklärt, in der ehelichen Wohnung Computer Support für Dritte anzubieten und auch Kunden zu empfangen. Die Klägerin habe dies bestritten. Das Werbematerial des Beklagten weise nur eine Postfachadresse auf und er deklariere in der Steuererklärung kaum Erwerbseinkommen. Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Beklagte zwar über Vermögen, jedoch kein namhaftes Einkommen verfüge. Dies sei bei der Wohnungssuche von Nachteil.

Die Klägerin sei wegen Depressionen und einem Caroli Syndrom (intrahepatische Gallen-Verklumpung) invalid und beziehe seit dem 1. August 2013 eine Rente der IV sowie der zweiten Säule von monatlich insgesamt CHF 7'152.00. Ihre finanziellen Verhältnisse seien stabil, es drohe kein Stellenverlust. Sie sei der Idealfall für jeden Vermieter. Die Behauptung der Klägerin, dass sie als gebürtige G.\_\_\_\_\_esin auf dem Wohnungsmarkt benachteiligt sei, treffe nicht zu, zumal sie Deutsch spreche, seit Jahrzehnten in der Schweiz lebe und mit den hiesigen Gepflogenheiten vertraut sei. Die Klägerin habe behauptet, ihre bisherigen Suchbemühungen seien vergeblich gewesen, doch habe sie die geltend gemachten Anstrengungen für eine neue Wohnung nicht belegt. Der Einwand der Klägerin, sie sei aus gesundheitlichen Gründen auf die eheliche Wohnung angewiesen, sei nicht zutreffend. Die Klägerin verweise in diesem Zusammenhang auf einen Bericht von Dr. med. K.\_\_\_\_\_, der attestiert habe, dass ein Auszug aus der ehelichen Liegenschaft zu einer Destabilisierung der Klägerin führe. Abgesehen davon, dass nicht klar sei, was mit Destabilisierung gemeint sei, sei zu berücksichtigen, dass die Klägerin während der letzten zwei Jahre grösstenteils in G.\_\_\_\_\_ gelebt habe. Sie sei trotz ihrer Krankheit in der Lage gewesen, die Reise zu planen, durchzuführen und in G.\_\_\_\_\_ ihre kranke Mutter zu pflegen. Ebenso habe sie für kurze Zeit in H.\_\_\_\_\_ eine Unterkunft gehabt. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Klägerin ihre Arzttermine nur von D.\_\_\_\_\_ aus wahrnehmen könne. Denkbar sei insbesondere, dass die Klägerin eine Wohnung in Zürich nehme, wo auch die Distanz zum behandelnden Arzt kleiner wäre. Dass die Klägerin in der Lage sei, in eine andere Wohnung umzuziehen, gehe auch aus dem Umstand hervor, dass Dr. med. K.\_\_\_\_\_ nicht ausgeschlossen habe, dass die Klägerin trotz ihres Alters und ihrer Krankheit nochmals einer Arbeitstätigkeit werde nachgehen können.

Aufgrund dieser Erwägungen kam die Vorinstanz zum Schluss, dass es der Klägerin eher als dem Beklagten zuzumuten sei, für die Dauer des Getrenntlebens aus der ehelichen Wohnung auszuziehen. In Anbetracht gewisser Schwierigkeiten bei der Wohnungssuche erscheine es allerdings angemessen, die Frist bis zum definitiven Verlassen der Wohnung auf den 30. Juni 2015 festzusetzen.

### 3. Argumente der Klägerin

Die Klägerin wies zunächst darauf hin, dass der vorinstanzliche Richter bereits am Gewaltschutzverfahren des Beklagten gegen die Klägerin mitgewirkt habe, was unter dem Aspekt von Art. 47 ZPO nicht unproblematisch sei. Weiter führt die Klägerin aus, dass die eheliche Wohnung ihr gehöre. Die Eigentumsverhältnisse seien als entscheidendes Kriterium zugunsten der Klägerin zu werten. Der Beklagte müsse früher oder später ohnehin aus der Wohnung, die zum Eigengut der Klägerin gehöre, ausziehen. Unter dem Gesichtspunkt der anzustrebenden stabilen Rechtsverhältnisse sei es deshalb wenig sinnvoll, die Wohnung für die Dauer des Getrenntlebens dem Beklagten zuzuweisen. Die Eigentumsverhältnisse seien aber auch deshalb relevant, weil die Klägerin als Eigentümerin weiterhin für den Unterhalt der Liegenschaft aufkommen müsse. Wenn die Vorinstanz nun dem Beklagten die Wohnung zuweise, so spreche sie ihm indirekt Unterhaltsleistungen zu, die vom Beklagten nicht verlangt worden seien. Der angefochtene Entscheid verletze die Dispositionsmaxime. Zu Unrecht komme die Vorinstanz auch zum Schluss, dass die eheliche Wohnung für den Beklagten einen höheren Affektionswert habe als für die Klägerin. Der Beklagte habe der Klägerin die Wohnung am 24. August 2005 durch einen gemischten Schenkungsvertrag zum Preis von CHF 135'000.00 übertragen. Die Gewichtung des Affektionswertes zugunsten des Beklagten vermöge deshalb nicht zu überzeugen.

Mit ihrem Entscheid belohne die Vorinstanz den Beklagten für sein Nichtstun betreffend Arbeitserwerb. Der gesunde und nicht ortsgebundene Beklagte verfüge im Gegensatz zur Klägerin über genügend Vermögen, um sich eine Eigentumswohnung zu kaufen. Zu Unrecht habe die Vorinstanz der Klägerin vorgeworfen, sie habe die behaupteten Suchbemühungen für eine neue Wohnung nicht glaubhaft gemacht. Das Glaubhaftmachen von Suchbemühungen sei im mietrechtlichen Erstreckungsverfahren relevant, nicht aber bei der Zuweisung der ehelichen Wohnung im Massnahmeverfahren des Scheidungsprozesses.

Weiter rügt die Klägerin, die Vorinstanz habe ihre gesundheitliche Situation zu wenig gewürdigt. Zu den diesbezüglichen Äusserungen des Beklagten habe sich das Bezirksgericht nicht geäußert. Die Vorinstanz hätte begründen müssen, wie

es der Klägerin bei den behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen überhaupt möglich sein soll, eine Wohnung zu suchen. Zumindest problematisch sei die Begründung der Vorinstanz, wenn sie einerseits der Klägerin in Bezug auf die Bemessung der Auszugsfrist gewisse Schwierigkeiten bei der Wohnungssuche attestiere, sie andererseits aber als Idealfall für einen Vermieter darstelle.

Richtig sei die Feststellung der Vorinstanz, dass sich die Klägerin bereits nicht mehr in der Wohnung befinde. Die Gründe dafür seien indes im angefochtenen Entscheid nicht erörtert worden. Aus den beigezogenen Akten des Gewaltschutzverfahrens ergebe sich, dass sie nur bis Ende November 2014 und nicht wie vom Beklagten beantragt bis Ende 2014 weggewiesen worden sei. Das Zwangsmassnahmegericht habe festgehalten, dass die Verantwortlichkeit für die angespannte familiäre Situation nicht restlos habe geklärt werden können. Es sei glaubhaft, dass beide Parteien die aktuelle Situation zu verantworten hätten. Aus den Strafakten, die trotz des Antrages der Klägerin nicht beigezogen worden seien, hätte sich ergeben, dass es die Klägerin gewesen sei, welche die Notrufnummer 117 gewählt habe. Aufgrund der Beeinträchtigung der Stimmbänder habe sich die Klägerin aber nicht artikulieren können, weshalb das Gespräch schliesslich unterbrochen worden sei. Von der Staatsanwaltschaft sei die Tonaufnahme des Anrufes beigezogen worden; es sei der Beklagte gewesen, der den Telefonanschluss "herausgezogen" habe.

Insgesamt sei das Interesse der Klägerin an der ehelichen Wohnung höher zu gewichten als dasjenige des Beklagten. Die Berufung sei deshalb gutzuheissen.

#### 4. Würdigung

4.1. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Es obliegt dem Berufungskläger, konkrete Rügen anzubringen, sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und genau aufzuzeigen, welchen Teil des Entscheides er für falsch hält und gegebenenfalls auf welche Dokumente er seine Argumentation stützt. Geprüft wird somit nur, was gerügt worden ist. Dies gilt auch im Bereich der (eingeschränkten oder uneingeschränkten) Untersuchungsmaxime. Soweit jedoch eine Rüge vorgebracht wurde, wendet

die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136; OGer, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80; OGer, II. ZK, Entscheid vom 27. August 2014, LY140018).

Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit Berufung können sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des Entscheids, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Unangemessenheit liegt vor, wenn ein Entscheid innerhalb des gerichtlichen Ermessensspielraumes liegt, auf sachlichen Kriterien beruht und auch nicht unverständlich ist, jedoch unter Berücksichtigung sämtlicher Begebenheiten des konkreten Falles aber trotzdem als unzweckmässig erscheint (ZK ZPO-REETZ/THEILER, 2. Aufl., N 6 und N 36 zu Art. 310). Aufgrund des den Gerichten zustehenden Ermessens hat sich die Rechtsmittelinstanz bei der Angemessenheitskontrolle allerdings Zurückhaltung aufzuerlegen (BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, N 5 zu Art. 310; SEILER, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 475).

4.2. Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 47 ZPO schützen den Anspruch der Verfahrensparteien auf einen unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird bereits verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinne werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten aufscheinen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei

abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (BGE 140 III 221). Die Vorbefassung im gleichen oder in einem anderen Verfahren vermag für sich allein den Anschein der Befangenheit nicht zu begründen. Insbesondere ergibt die Mitwirkung am Entscheid über vorsorgliche Massnahmen oder im Eheschutzverfahren keinen Ausstandsgrund für das Scheidungsverfahren (Art. 47 Abs. 2 lit. d und e ZPO). Selbst ein Richter, der am Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege mitgewirkt und das Gesuch beispielsweise mit der Begründung der Aussichtslosigkeit abgewiesen hat, kann später den Entscheid in der Sache fällen (Art. 47 Abs. 2 lit. a ZPO). Dies weil angenommen wird, er sei in der Lage, vom früheren Entscheid zu abstrahieren und – gegebenenfalls auch aufgrund anderer Kognition – zu einem anderen Ergebnis zu kommen. Nicht anders ist es im Verhältnis zwischen Gewaltschutzverfahren und dem Massnahmeentscheid im Ehescheidungsverfahren. Der Richter, der eine Gewaltschutzmassnahme gegen eine Person angeordnet hat, ist alleine deswegen nicht ausser Stande, in einem nachfolgenden Massnahmeverfahren objektiv zu urteilen. Die Klägerin misstraut dem vorinstanzlichen Richter, da dieser bereits mit dem Gewaltschutzverfahren gegen die Klägerin befasst gewesen sei. Sie bezeichnet diese Vorbefassung als nicht unproblematisch und bringt damit ihre subjektiv empfundene Einschätzung der Befangenheit zum Ausdruck. Dies vermag nach dem Gesagten jedoch einen Ausstandsgrund nicht zu begründen. Objektive Anhaltspunkte, die darauf hindeuten würden, dass der vorinstanzliche Richter im angefochtenen Entscheid deswegen gegen die Klägerin entschieden hatte, weil er zuvor eine Gewaltschutzmassnahme (teilweise) bestätigt hatte, bringt die Klägerin nicht vor. Ein Ausstandsgrund, der zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen würde, ist nicht gegeben.

4.3. Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe mit der Zuteilung der Wohnung die Dispositionsmaxime verletzt, weil sie damit als Eigentümerin, welche die Gebäudeunterhaltskosten zu tragen habe, (indirekt) zu einer Unterhaltszahlung verpflichtet worden sei. Die Rüge ist unbegründet. Die Klägerin verlangte in ihrem Massnahmebegehren vom 14. November 2014, die eheliche Wohnung sei ihr zuzuweisen (act. 5/19 S. 2), während der Beklagte den gegenteiligen Antrag stellte (act. 5/30 S. 1 und Protokoll Vorinstanz S. 4 sinngemäss). Im angefochtenen

Entscheid wurde nur darüber entschieden. Die Vorinstanz äusserte sich mangels eines Antrages zu Recht nicht dazu, wer die laufenden Unterhaltskosten der Liegenschaft zu tragen habe. Eine Verletzung der Dispositionsmaxime ist zu verneinen.

4.4. Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe über ihren Antrag, Strafakten beizuziehen, nicht entschieden. Sie bringt vor, diesen Antrag in der Eingabe vom 14. November 2014 gestellt zu haben (act. 2 S. 6 mit Hinweis auf act. 5/23 S. 1). In der Eingabe vom 14. November 2014 stellte die Klägerin indes keinen Antrag um Beizug von Strafakten, sondern von Akten von zwei Gewaltschutzverfahren (act. 5/23 S. 2). Diese wurden von der Vorinstanz beigezogen (act. 5/7 und 5/8). Die Rüge ist unbegründet.

4.5. Die Vorinstanz hat Gesetz und Rechtsprechung bezüglich der Zuteilung der ehelichen Wohnung im Massnahmeverfahren zutreffend wiedergegeben, weshalb grundsätzlich auf diese Begründung verwiesen werden kann. Die Klägerin rügt in diesem Zusammenhang zu Unrecht, dass es entscheidend auf die Eigentumsverhältnisse ankomme. Die Wohnung ist demjenigen zuzuweisen, dem sie den grösseren Nutzen bringt. Ist der Nutzen für beide Ehepartner gleich gross, ist darauf abzustellen, wem der Auszug leichter fällt. Auf die Eigentumsverhältnisse ist nur abzustellen, wenn sowohl die Abwägung des Nutzens als auch die Frage, wem der Auszug leichter fällt, zu einem ausgeglichenen Ergebnis führt. Mit anderen Worten handelt es sich bei der Frage des Eigentums um ein subsidiäres Kriterium, das erst zur Anwendung kommt, wenn aufgrund der übrigen zu berücksichtigenden Tatsachen kein Entscheid gefunden werden kann (vgl. FamKomm-Vetterli, Band I, ZGB, 2. Auflage, Art. 176 N 16).

Gemäss den nicht gerügten vorinstanzlichen Feststellungen ist die Klägerin zu hundert Prozent invalid und geht keiner Erwerbstätigkeit nach. Der Beklagte behauptete, er betreibe in der ehelichen Wohnung einen Computer Support und empfangen dort auch seine Kunden. Träfe dies zu, so wäre dies bei der Abwägung des Nutzens, den die eheliche Wohnung für die Parteien hat, wohl zu seinen Gunsten zu gewichten. Geht man zugunsten der Klägerin entsprechend ihrer Behauptung, wonach der Beklagte kein Erwerbseinkommen generiere, davon aus,

dass dieser erwerbslos ist, so haben die Parteien, deren Kinder erwachsen und ausgezogen sind, das gleiche Nutzungsinteresse an der ehelichen Wohnung.

Bei gleichem Nutzungsinteresse kommt es bei der Wohnungszuteilung darauf an, wem der Auszug leichter fällt. Sowohl die Klägerin als auch der Beklagte müssen im Fall des Auszuges eine neue Wohnung suchen. Es ist deshalb nicht relevant, dass die Klägerin zwischenzeitlich offenbar die eheliche Wohnung verlassen hat, da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie bereits über eine Wohnmöglichkeit für die voraussichtliche Dauer des Getrenntlebens verfügt. Es kommt deshalb entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht auf die Gründe an, weshalb sie die eheliche Wohnung verliess. Weder die Begründung des Entscheides im Gewaltschutzverfahren noch die näheren Umstände der Alarmierung der Polizei, welche von der Klägerin näher erläutert werden, sind für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens von Bedeutung.

Gemäss nicht gerügter Feststellung der Vorinstanz verfügt die Klägerin aktuell über ein monatliches Einkommen aus IV-Renten der ersten und zweiten Säule von CHF 7'152.00 und damit über genügend Mittel, um während der Dauer der Trennung die gewöhnlichen Lebenskosten inklusive einer Mietwohnung aus den laufenden Einnahmen zu bestreiten. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich das Einkommen der Klägerin während der Dauer des Getrenntlebens verringern würde. In der Berufungsbegründung verweist sie zwar darauf, dass der Beklagte vor Vorinstanz behauptet habe, die Klägerin halte sich nicht an Auflagen der IV, weshalb sie mit einer Leistungskürzung rechnen müsse. Diese unsubstanzierte Behauptung ist indes durch nichts belegt und damit nicht glaubhaft gemacht. Der Beklagte erzielt nach der Darstellung der Klägerin über kein Einkommen, jedoch über ein erhebliches Vermögen. In der Steuererklärung für das Jahr 2013 deklarieren die Parteien liquide Guthaben von über CHF 600'000.00 (act. 5/12/2). Aufgrund der Familienbesteuerung lässt sich gestützt auf die Steuererklärung zwar nicht ausmachen, welchem Ehegatten die Vermögenswerte gehören. Indes liess sich der Beklagte im März 2013 vom gemeinsamen Postkonto einen Betrag von über einer halben Million Franken auf sein eigenes Konto überweisen (act. 5/20/8), weshalb davon auszugehen ist, dass er über genügend Vermögen

verfügt, um während der Dauer der Trennung seine Lebenskosten inklusive einer Mietwohnung zu finanzieren.

Die Vorinstanz erwog, es sei für die Klägerin einfacher, eine Wohnung zu finden als für den Beklagten. Da sie über ein regelmässiges Einkommen verfüge und nicht von einem Stellenverlust bedroht sei, sei sie für jeden Vermieter eine geradezu ideale Bewerberin. Demgegenüber sei die Wohnungssuche für den Beklagten erschwert, da den Vermietern regelmässige ausreichende Einkünfte wichtiger seien als ein hoher Vermögensstand. Hinzu komme, dass ein Vermögen schnell verbraucht und bei schlechtem Einkommen nicht ohne weiteres ersetzt werden könne. Die Klägerin stellt nicht in Abrede, dass es dem Beklagten ohne regelmässiges Einkommen schwer fällt, eine Wohnung zu finden. Sie bringt neu vor, dass es ihm möglich und zumutbar sei, eine Eigentumswohnung zu kaufen. Dem ist nicht zuzustimmen. Im vorliegenden Verfahren geht es um eine provisorische Regelung für die Dauer des Getrenntlebens, weshalb einer Partei nicht zugemutet werden kann, für diese Übergangszeit eine Wohnung zu kaufen.

Die Klägerin behauptete vor Vorinstanz, dass sie trotz guten Einkommens auf dem Wohnungsmarkt schlechte Chancen habe. Sie habe sich in der Zeit von September bis Oktober 2014 täglich bemüht und sich telefonisch auf vier bis fünf Wohnungen beworben, doch nur Absagen erhalten. Das Bezirksgericht Dietikon führte dazu aus, dass die Klägerin die Suchbemühungen nicht belegt habe. Es sei deshalb nicht davon auszugehen, dass sie keine Mietwohnung werde finden können. Die Klägerin rügt in der Berufungsschrift, dass die Vorinstanz zu Unrecht von der Klägerin den Nachweis von Suchbemühungen verlangt habe. Suchbemühungen seien in einem Mietersteckungsverfahren aber nicht im Massnahmeverfahren des Scheidungsprozesses nachzuweisen. Diese Argumentation geht an der Sache vorbei. Auch wenn gescheiterte Suchbemühungen keine zwingende Voraussetzung für die Zuteilung der Wohnung im Massnahmeverfahren sind, so sind die behaupteten relevanten Tatsachen glaubhaft zu machen. Die Klägerin leitete aus der Behauptung, ihre bisherigen Suchbemühungen seien gescheitert, ab, es falle ihr im Vergleich zum Beklagten nicht leichter, eine Wohnung zu finden. Die Tatsache ist relevant, wurde aber nicht glaubhaft gemacht.

Weiter erwog die Vorinstanz, es sei der Klägerin trotz der bestehenden gesundheitlichen Probleme möglich, eine Wohnung zu suchen. Sie schloss dies insbesondere aus dem Umstand, dass es der Klägerin möglich gewesen sei, trotz ihrer Krankheit in den vergangenen zwei Jahren ihre kranke Mutter in G.\_\_\_\_\_ zu pflegen und kurzzeitig in H.\_\_\_\_\_ eine Unterkunft zu organisieren. Die Klägerin habe nicht dargelegt, weshalb sie aus gesundheitlichen Gründen auf den Verbleib in der ehelichen Wohnung angewiesen sei. Die Klägerin stellt auch dies nicht in Abrede, sondern bringt vor, die Vorinstanz hätte sich mit den Behauptungen des Beklagten zum Gesundheitszustand der Klägerin näher auseinandersetzen müssen. Die Rüge ist nicht stichhaltig. Denn es wäre, worauf die Vorinstanz zu Recht hinwies, an der Klägerin gewesen, glaubhaft zu machen, dass ihr ein Wohnungswechsel aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich wäre. Die Vorinstanz stellte die Invalidität der Klägerin auch nicht in Abrede, sondern begründete, weshalb ihr trotzdem ein Wohnungswechsel möglich und zumutbar sei. Sie hatte keine Veranlassung, auf die Behauptungen des Beklagten näher einzugehen.

Aus dem Gesagten geht zusammenfassend hervor, dass die eheliche Wohnung den Parteien gleich nützlich ist. Die Klägerin verfügt im Gegensatz zum Beklagten über ein regelmässiges, gutes Einkommen, weshalb es für sie einfacher ist, eine Mietwohnung zu finden. Weder die Invalidität noch die Herkunft der Klägerin aus G.\_\_\_\_\_ stellen bei der Wohnungssuche ins Gewicht fallende Hindernisse dar. Den Schwierigkeiten, mit denen jeder Wohnungssuchende konfrontiert ist, ist mit der von der Vorinstanz gewährten Auszugsfrist angemessen Rechnung getragen worden. Die Frage, ob es dem Beklagten möglich wäre, aus seinem Vermögen eine Eigentumswohnung zu kaufen, kann offen gelassen werden, da ihm der Erwerb von Wohneigentum für den absehbaren Zeitraum des Getrenntlebens nicht zumutbar ist. Die Vorinstanz hat die eheliche Wohnung zu Recht dem Beklagten zugeteilt. Nicht zu beanstanden ist auch der Entscheid, die Kostenregelung dem Endentscheid vorzubehalten (Art. 104 Abs. 3 ZPO). Die Berufung ist abzuweisen und der Entscheid des Bezirksgerichts Dietikon ist zu bestätigen.

## 5. Prozesskosten

Auch wenn über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen zusammen mit der Hauptsache entschieden werden kann (Art. 104 Abs. 3 ZPO), erscheint es vorliegend als gerechtfertigt, die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens bereits im vorliegenden Entscheid festzulegen (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss sind die Kosten dieses Verfahrens der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen, der Klägerin nicht wegen Unterliegens, dem Beklagten nicht mangels Aufwandes in diesem Verfahren.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 22. Januar 2015 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'500.00 festgesetzt, der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hinden

versandt am: