

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE160069-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## Beschluss und Urteil vom 5. April 2017

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 24. Oktober 2016 (EE160221-L)**

**Urteil und Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung**  
**Einzelgericht, vom 24. Oktober 2016:**

**Es wird verfügt:**

1. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.
2. Der Gesuchstellerin wird in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ und dem Gesuchsgegner in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ je ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird fernerkannt:**

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind und getrennt leben.
2. Die eheliche Wohnung an der ... [Adresse], inklusive Mobiliar, wird für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zugewiesen.
3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von zwei Monaten ab Zustellung des vorliegenden Entscheides angesetzt, die eheliche Wohnung unter Mitnahme ihrer persönlichen Effekten zu verlassen.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin folgende monatlichen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats:
  - ab Zustellung des vorliegenden Entscheides bis zum Auszug der Gesuchstellerin aus der ehelichen Wohnung: Fr. 950.-;
  - ab dem Auszug der Gesuchstellerin aus der ehelichen Wohnung für die weitere Dauer des Getrenntlebens: Fr. 1'400.-.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
  
Fr. 3'000.-; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 337.50 Dolmetscherkosten
6. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungsforderung gestützt auf Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
7. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

8. (Schriftliche Mitteilung)
9. (Berufung).

### **Berufungsanträge:**

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 23):

"Das Urteil/Verfügung vom 24. Oktober 2016 sei aufzuheben. Das Verfahren sei an die VI zur Erkenntnisfindung zurückzuweisen. Eventualiter: Die eheliche Wohnung an der ... [Adresse] sei der Appellantin -im Direktentscheid- zur dauerhaften Benutzung zuzuweisen.

Der Berufung sei -gestützt auf Art. 315 ZPO- aufschiebende Wirkung beizumessen.

Der Appellantin sei -auch für das kantonale Rechtsmittelverfahren- die -vollumfängliche (mit Rechtsbeistand)- unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Appellaten."

des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (Urk. 32):

- "1. Auf die Berufung sei nicht einzutreten.
2. Die Berufung sei abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Gesuchstellerin.
4. Es sei dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

### **Erwägungen:**

#### I.

1. Die Parteien sind seit 1992 verheiratet. Die Ehe blieb kinderlos. Am 15. Juli 2016 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren ein. Nach Durchführung des Verfahrens fällte die Vorinstanz am 24. Oktober 2016 den obgenannten Entscheid (Urk. 19 = Urk. 24).

2. Am 9. November 2016 erhob die Gesuchstellerin Berufung mit dem eingangs wiedergegebenen Antrag. Mit Verfügung vom 23. Dezember 2016 wurde der Berufung aufschiebende Wirkung zuerkannt (Urk. 29). Der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) erstattete die Berufungsantwort am 20. Januar 2017 und beantragte, es sei auf die Berufung nicht einzutreten (Urk. 32). Ebenfalls am 20. Januar 2016 reichte die Gesuchstellerin eine ergänzende Urkunde ein (Urk. 31). Mit Verfügung vom 25. Januar 2017 wurden die Eingaben vom 20. Januar 2016 je der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 34). Am 30. März 2017 erfolgte eine weitere Noveneingabe durch die Gesuchstellerin (Urk. 35).

## II.

1. 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). Dabei ist in der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) 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 voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich inhaltlich 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 (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28.5.2015 E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (vgl. BGer 4A\_258/2015 vom 21.10.2015 E. 2.4.3; 4A\_290/2014 vom 1.9.2014 E. 3.1 und 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung. In diesem

Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.).

2. Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen lediglich beschränkt zulässig. Zulässig sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel nur dann, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (und ohne Verzug vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche – wie das vorliegende eherechtliche Verfahren – der Untersuchungsmaxime unterstehen, denn eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ist abzulehnen, da die im Gesetz eigens vorgesehene spezielle Regelung von Art. 317 ZPO vorgeht (BGE 138 III 625 E. 2.2).

3. Die Gesuchstellerin stellt als Hauptantrag ausschliesslich einen Rückweisungsantrag, ohne einen Antrag in der Sache zu stellen, wie im Falle einer Rückweisung zur "Erkenntnisfindung" neu zu entscheiden wäre. Dies ist unzulässig bzw. ungenügend. Die Berufung ist ein reformatorisches Rechtsmittel (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) und die Berufungsinstanz besitzt volle Kognition in Sach- und Rechtsfragen, weshalb Rechtsmittelanträge entsprechend zu formulieren sind. Auf den Hauptantrag kann daher nicht eingetreten werden. Daran ändert auch die (begründete) Rüge nichts, die Vorinstanz habe das Einkommen des Gesuchsgegners falsch berechnet (Urk. 23 S. 7). Die Gesuchstellerin stellte im erstinstanzlichen Verfahren erst auf ausdrücklichen Hinweis des Gerichts einen bezifferten Antrag zum Unterhalt (Prot. I S. 16), und sie unterlässt es im Berufungsverfahren erneut, einen konkreten Antrag zu stellen.

4. Im Eventualstandpunkt beantragt die Gesuchstellerin, es sei ihr die eheliche Wohnung zur dauerhaften Benutzung zuzuweisen. Der Gesuchsgegner hält dafür, es sei auf die Berufung nicht einzutreten, da sich die Gesuchstellerin zum einen nicht mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetze und zum anderen den Begründungsanforderungen an eine Berufung nicht nachkomme (Urk. 32 S. 2 ff.).

5. Nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB muss das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Benützung der Wohnung und des Hausrates regeln, wenn die Aufhe-

bung des gemeinsamen Haushaltes begründet ist. Über die Zuteilung des Rechts zur Benützung der ehelichen Liegenschaft an eine der Parteien entscheidet das Eheschutzgericht nach Zweckmässigkeit und grundsätzlich unabhängig davon, wer Eigentümer oder Mieter ist. Bleibt unklar, wem die bisherige Wohnstatt den grösseren Nutzen bringt, so hat derjenige Ehegatte dem andern das Haus oder die Wohnung zu überlassen, dem ein Umzug unter Würdigung aller Umstände eher zuzumuten ist (BGer 5A\_848/2014 vom 4. Mai 2015, E. 3.2 m.w.H.). Die Berufungsinstanz entscheidet über die Zuteilung der Wohnung nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in Abwägung der betroffenen Interessen (BGer 5A\_248/2013 vom 25. Juli 2013, E. 3.3 m.w.H.). Die Vorinstanz hat die massgeblichen Zuteilungskriterien zutreffend angeführt, es kann darauf verwiesen werden (Urk. 24 S. 5 f.).

6. Die Vorinstanz begründete die Zuweisung der Wohnung an den Gesuchsgegner unter Abwägung der Interessen mit den folgenden Argumenten. Weder habe eine Partei Kinder in ihrer Obhut, noch übe eine Partei eine geschäftliche Tätigkeit in der ehelichen Wohnung aus. Genauer zu beleuchten seien indes gesundheitliche Gründe sowie allfällige affektive Interessen. Die Gesuchstellerin lege keine Gründe dar, dass die Wohnung für sie elementar sei oder dass sie einen speziellen Bezug zur Wohnung habe. Ihr Vorbringen, dass sie sich lange um den Gesuchsgegner gekümmert habe, und es ungerecht wäre, wenn sie die Wohnung verlassen müsste, sei zwar verständlich, jedoch für die Wohnungszuteilung nicht relevant. Demgegenüber falle ins Gewicht, dass die Wohnung im Erdgeschoss unstrittig extra im Hinblick auf das Alter und die Gesundheit des Gesuchsgegners ausgesucht worden sei. Eine Wohnung im Erdgeschoss sei denn auch für eine gehbehinderte Person [wie der Gesuchsgegner] offensichtlich dienlich. Zudem sei relevant, dass der Gesuchsgegner aufgrund seiner beginnenden Demenz auf ihm vertraute Verhältnisse angewiesen sei. Für ihn wäre ein Umzug aufgrund seines fortgeschrittenen Alters und seines Gesundheitszustandes die grössere Belastung als für die Gesuchstellerin, und es wäre für ihn sicher nicht einfacher, eine neue Wohnung zu finden, als es dies für die Gesuchstellerin mit allfälliger Unterstützung des Sozialamts wäre. Die Gesuchstellerin würde die eheliche Wohnung aufgrund ihres tieferen Alters voraussichtlich für eine längere Zeit nutzen können als

der Gesuchsgegner. Diesem sei jedoch umso weniger zumutbar, sich eine neue Wohnung zu suchen, in welcher er unter Umständen nur noch wenige Jahre leben könnte. Schliesslich hätten beide Parteien glaubhaft versichert, dass sie keine Möglichkeit hätten, bei Verwandten oder Bekannten zu wohnen. Auch sei der Gesuchsgegner, der Schweizer Bürger sei und seit 50 Jahren in der Schweiz lebe, nicht verpflichtet, nach Mazedonien zurückzukehren. Irrelevant sei schliesslich die Tatsache, dass aktuell die Gesuchstellerin in der ehelichen Wohnung lebe. Auch habe der Gesuchsgegner bislang keinen neuen Wohnsitz begründet. Insgesamt sprächen sämtliche relevanten Umstände für eine Zuteilung der ehelichen Wohnung an den Gesuchsgegner (Urk. 24 S. 7 f.).

Zu prüfen sei jedoch, so die Vorinstanz weiter, ob der Gesuchsgegner aufgrund seines Gesundheitszustandes aktuell in der Lage sei, in der ehelichen Wohnung zu leben, was die Gesuchstellerin bestreite. Der Gesuchsgegner habe dies in der formellen Parteibefragung bejaht. Zudem könne dem Austrittsbericht der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich vom 30. Juni 2016 entnommen werden, dass der Gesuchsgegner trotz beginnender Demenz grundsätzlich selbständig leben könne. Gegenteilige Beweismittel würden nicht vorliegen. Selbst die Gesuchstellerin persönlich führe nicht aus, dass der Gesuchsgegner geistig oder körperlich nicht in der Lage sei, alleine in der Wohnung zu leben. Sie bringe einzig vor, dass er keine Hausarbeiten ausführen könne. Auch auf explizite Nachfrage habe die Gesuchstellerin nicht erklärt, dass sie den Gesuchsteller habe pflegen müssen, sondern habe einzig die Haushaltführung erwähnt. Damit sei aktuell davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner alleine in der ehelichen Wohnung leben könne (Urk. 24 S. 8 f.).

7.1 In der Berufung macht die Gesuchstellerin geltend, die Vorinstanz habe ermessensweise die eheliche Wohnung dem Gesuchsgegner zugewiesen. Diese Zuweisung sei jedoch wenig pragmatisch, hingegen kostentreibend, weil mit dem mehr oder weniger zwangsweisen Verlassen der Wohnung an der ... [Adresse] faktische Verhältnisse geschaffen worden seien, welche zugunsten der Gesuchstellerin hätten berücksichtigt werden müssen (Urk. 23 S. 4). Es genügt in Bezug auf die Begründungsanforderungen nicht, die eigene Sicht der Dinge darzulegen,

ohne sich konkret mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander zu setzen, weshalb darauf nicht einzugehen ist.

7.2 Weiter rügt die Gesuchstellerin, es könne nicht gänzlich unbedeutend sein resp. bleiben, dass der gesundheitliche Zustand, die gesundheitliche Entwicklung einer Partei bereits für den Entscheid, wer in der ehelichen Wohnung verbleibe, unberücksichtigt bliebe. Der Vorderrichter hätte sich davon überzeugen müssen, ob der Gesuchsgegner nach der Entlassung aus der Klinik ohne Hilfe an der ... [Adresse] leben könne (Urk. 23 S. 4). Zum einen hat die Vorinstanz auf einen Bericht der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich vom 30. Juni 2016 abgestellt, der dem Gesuchsgegner attestiert, trotz beginnender Demenz grundsätzlich selbständig leben zu können (Urk. 15/5 S. 4). Zum anderen hat die Gesuchstellerin in der Parteibefragung nicht behauptet, dass sie den Gesuchsgegner habe pflegen müssen, sondern sie erwähnte einzig die Haushaltführung (Urk. Prot. I. S. 15). Auch mit diesen Erwägungen (Urk. 24 S. 8 f.) setzt sich die Gesuchstellerin nicht konkret auseinander.

7.3 Die Gesuchstellerin trägt vor, der Gesuchsgegner wohne seit dem 30. September 2016 wieder in Mazedonien in Strukturen, welche es ihm erlauben würden, seinen Lebensabend mit einer guten Pflege zu verbringen. Die Vorinstanz hat sich zum gegenwärtigen Aufenthalt in Mazedonien geäußert und die Gesuchstellerin anerkennt explizit, dass der Gesuchsgegner nicht verpflichtet werden könne, fortan in seinem Heimatland zu leben (Urk. 23 S. 5). Gemäss Rechtsprechung hat sodann eine Partei, welche ausgezogen ist, ihren - ehelichen - Anspruch auf die eheliche Wohnung nicht verwirkt (BGer 5A\_78/2012 vom 15. Mai 2012, E. 3.1). Die Bemerkung, wenn der Gesuchsgegner weiterhin hierzulande zu leben gedenke, habe er auch seinen zivilrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen, ist für die Wohnungszuteilung nicht stichhaltig. Gleiches gilt für das Argument, dass sich der Sohn des Gesuchsgegners aufgrund der verwandtschaftlichen Unterstützungspflicht um eine adäquate Wohnung für den Vater zu sorgen habe (Urk. 23 S. 5).

7.4 Ebenfalls nicht zu überzeugen vermag das Vorbringen, dem Gesuchsgegner sei auch nicht die - rein theoretische - Möglichkeit zuzugestehen, hiezulande ei-



nen eigenen Hausstand zu begründen, wofür aber, wie für die abschliessende Regelung der finanziellen Verhältnisse, der Sohn C.\_\_\_\_\_ eingespannt werden müsste (Urk. 23 S. 5). Es wird nicht dargetan, wo die Gesuchstellerin vor Vorinstanz dieses Argument eingebracht hat. Selbst wenn der Sohn Hilfeleistungen für den Gesuchsgegner erbringen müsste, spricht das nicht gegen die Zuteilung der Wohnung.

7.5 Weiter wird vorgetragen, dass der Sohn des Gesuchsgegners höchstwahrscheinlich Zugriff auf dessen ZKB-Konto habe und Zahlungen auslösen könne, mithin diesbezüglich ein Handlungsbedarf gegeben sei (Urk. 23 S. 6). Diese Tatsachen sind wiederum kein Kriterium für die Zuteilung der Wohnung, weshalb offen gelassen werden kann, ob sich die Gesuchstellerin - wie sie geltend macht - zu Recht auf ein unechtes Novum berufen kann, da sie vorher keinen Zugriff auf die Unterlagen gehabt habe (Urk. 23 S. 6). Jedenfalls ist die Auffassung, dass Noven jederzeit und bis zur zweitinstanzlichen Urteilsberatung zulässig seien, falsch (vgl. aber Urk. 23 S. 6). Wie unter Erw. Ziff. 2 ausgeführt, ändert am beschränkten Novenrecht nichts, dass im vorliegenden Eheschutzverfahren die sog. soziale bzw. eingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt (Art. 276 in Verbindung mit Art. 271 lit. a und Art. 272 ZPO; BGer 5A\_500/2015 vom 14. Oktober 2015, E. 3.4). Nach bundesgerichtlicher Praxis regelt Art. 317 Abs. 1 ZPO die Möglichkeit der Parteien, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, auch in diesen Fällen abschliessend; entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin ist eine sinngemässe Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ausgeschlossen (BGE 138 III 625 E. 2.2; BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.2).

7.6 Auch behauptet die Gesuchstellerin, die finanziellen Verhältnisse des Gesuchsgegners seien "etwas zu sehr ausser Kontrolle" geraten, weshalb der zugesprochene Unterhaltsbeitrag an sie mittels direkter Zahlungsanweisung an die drei Gläubiger des Gesuchsgegners zu verfügen sei (Urk. 23 S. 6). Diese Äusserung steht in keinem Zusammenhang mit der Zuteilung der ehelichen Wohnung und ist nicht weiter zu beachten, abgesehen davon, dass es sich materiell um einen neuen und prozessual unzulässigen Antrag handelt.

7.7 Im Rahmen des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung führte die Gesuchstellerin ferner aus, dass es dem Gesuchsgegner mit über Fr. 4'000.– Renteneinkommen wesentlich leichter falle, eine neue Wohnung zu finden, da er eine gewisse Kredit- und Zahlungsfähigkeit ausweise (Urk. 23 S. 3). Damit macht sie sinngemäss geltend, dass es dem Gesuchsgegner eher als ihr zumutbar sei, eine neue Wohnung zu finden. Die Zumutbarkeit spielt gemäss BGE 120 II 1 als Zuteilungskriterium erst eine Rolle, wenn nicht festgestellt werden kann, wem die Wohnung einen grösseren Nutzen bringt. Die Vorinstanz hat eine einlässliche Interessenabwägung vorgenommen, welche die Gesuchstellerin nicht zu entkräften vermag. Zwar dürfte es die Gesuchstellerin mit ihren äussert knappen finanziellen Ressourcen und der Sozialhilfeabhängigkeit nicht leicht haben, eine neue Wohnung zu finden. Auch hat sie keine Familienangehörigen in der Schweiz, welche ihr bei der Wohnungssuche helfen könnten. Allerdings erfolgt das Argument, der Gesuchsgegner verfüge aufgrund seines Verdienstes über eine gewisse Kredit- und Zahlungsfähigkeit, erstmals im Berufungsverfahren und daher verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO), abgesehen davon, dass sein Alter für eine Wohnungssuche ohnehin nachteilig wäre. Vor Vorinstanz führte die Gesuchstellerin denn als Hauptbegründung an, dass im Laufe der letzten 24 Jahre in Mazedonien Verhältnisse geschaffen worden seien, die es dem Gesuchsgegner ermöglichten, für seinen Lebensabend in Mazedonien Fuss zu fassen. "Dies impliziert selbstredend auch die Zuweisung der ehelichen Wohnung an die Gesuchstellerin." (Prot. I S. 5). Wie ausgeführt, kann der Gesuchsgegner nicht verpflichtet werden, nach Mazedonien zurückzukehren.

8. Nach dem Gesagten vermögen die Vorbringen der Gesuchstellerin den erstinstanzlichen Entscheid nicht umzustossen. Der Gesuchstellerin gelingt es nicht, aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz, indem sie primär auf das Alter und auf gesundheitliche Gründe abstellte, den Nutzen qualifiziert falsch eingeschätzt hat. Die Gesuchstellerin wird daher mit Hilfe der Sozialhilfe eine neue Wohnung suchen müssen. Gegen die zweimonatige Auszugsfrist ab Zustellung des Entscheids wurden keine Einwände erhoben, diese ist daher im Grundsatz zu bestätigen. Der Klarheit halber ist im Dispositiv festzuhalten, dass die Gesuchstellerin

zu verpflichten ist, die eheliche Wohnung bis spätestens Ende Juni 2017 zu verlassen.

9. Demzufolge ist auch der Eventualantrag abzuweisen. Insgesamt erweist sich die Berufung - soweit darauf einzutreten ist - als unbegründet und der angefochtene Entscheid ist (einschliesslich Kosten- und Entschädigungsfolgen) zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

### III.

1. Da die Gesuchstellerin mit ihrer Berufung unterliegt, wird sie kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'500.– festzusetzen (§§ 5 Abs. 1, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV). Die Parteientschädigung ist ebenfalls auf Fr. 1'500.– zuzüglich Mehrwertsteuer festzulegen (§§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 3, 9 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

2.1 Die Vorinstanz gewährte beiden Parteien mit Verfügung vom 18. Mai 2016 die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 26 S. 14). Für das Berufungsverfahren haben sie ihre Gesuche erneuert (Urk. 23 S. 2, Urk. 32 S. 2).

2.2 Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbehagen nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

2.3 In Bezug auf die Einkommenssituation ist bei beiden Parteien die Mittellosigkeit zu bejahen. Entgegen dem angefochtenen Entscheid beträgt das Renteneinkommen des Gesuchgegners zwar nicht Fr. 3'048.– (Urk. 24 S. 14), sondern Fr. 4'325.– (Urk. 17 S. 4, Urk. 28 S. 3). Diesem Einkommen wird indessen ab Juli 2017 ein Bedarf von Fr. 4'462.– gegenüberstehen (Urk. 24 S. 14).

Was das Vermögen angeht, so besitzen die Parteien eine je hälftig in ihrem Eigentum stehende Wohnung in Mazedonien, welche gemäss Aussagen des Ge-

suchsgegners einen Kaufpreis von Fr. 31'000.– aufwies (Prot. I S. 15). Der heutige Wert der Liegenschaft ist nicht bekannt, kann jedoch offen bleiben. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die Liegenschaft wohl kaum innert nützlicher Frist veräussert werden kann. Liquidies Vermögen liegt somit nicht vor. Im Rahmen des vorliegenden, nunmehr abzuschliessenden Verfahrens steht die Existenz dieser Liegenschaft mithin der Gewährung des prozessualen Armenrechts nicht entgegen. Allerdings ist zu betonen, dass dieser Entscheid keine präjudizierende Wirkung für ein allfälliges Scheidungsverfahren beanspruchen kann.

2.4 Bei der Prüfung der Frage der Aussichtslosigkeit sind nach gefestigter Lehre und Praxis diejenigen Begehren als aussichtslos zu bezeichnen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels sind auf Grundlage des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz, der dagegen vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Rügen sowie der gesamten erstinstanzlichen Akten und der Rechtsmittelbegründung zu beurteilen, keinesfalls aber nach Massgabe der bei Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens gegebenen Erfolgsaussichten (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 271). Sodann ist zu berücksichtigen, in welchen Punkten und mit welchen Argumenten die gesuchstellende Partei den Entscheid anfechten will und welche Rügen oder allenfalls neue Vorbringen im Rechtsmittel zulässig sind (BGer 4D\_2011 vom 18. Juli 2011, E. 1.1. m.H.). Die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin kann zwar ein legitimes Interesse für die eheliche Wohnung beanspruchen. Allerdings erfüllen die erhobenen Rügen die eingangs erwähnten Begründungsanforderungen nicht, und die Vorbringen der Gesuchstellerin zielen wiederholt an der Sache vorbei. Daher ist der Standpunkt der Gesuchstellerin unter prozessrechtlichen Gesichtspunkten als aussichtslos zu qualifizieren. Das Gesuch ist deshalb abzuweisen.

2.5 Demgegenüber ist das Gesuch des Gesuchsgegners gutzuheissen, da sein prozessualer Standpunkt zu bestätigen ist.

2.6 Aufgrund der finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellerin wird die Parteientschädigung voraussichtlich nicht einbringlich sein. Folglich rechtfertigt es sich,

die Parteientschädigung dem Rechtsvertreter des Gesuchsgegners direkt aus der Gerichtskasse zu bezahlen, unter Legalzession des Anspruchs (des Gesuchsgegners) auf den Kanton (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt Dr. Y.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird - soweit darauf eingetreten werden kann - abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 4-7 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 24. Oktober 2016 werden bestätigt.
2. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, die eheliche Wohnung bis spätestens Ende Juni 2017 unter Mitnahme ihrer persönlichen Effekten zu verlassen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.- zu bezahlen. Der unentgeltliche Rechtsbeistand des Gesuchsgegners, Rechtsanwalt Dr. Y.\_\_\_\_\_, wird mit Fr. 1'620.- aus der Gerichtskasse entschädigt. Der An-

spruch des Gesuchsgegners auf Parteientschädigung geht mit Zahlung der Entschädigung an den Kanton über.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage einer Kopie von Urk. 35, sowie an die Vorinstanz und die Obergerichtskasse, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und 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, 5. April 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
mc