

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170045-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss und Urteil vom 13. November 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 7. Juni 2017 (EE170144-L)

**Urteil und Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung
Einzelgericht, vom 7. Juni 2017:**

Es wird verfügt:

1. Die Gesuche beider Parteien um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses) werden als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.
2. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.
3. Der Gesuchstellerin wird Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Dem Gesuchsgegner wird Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
5. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind und seit dem 13. März 2017 getrennt leben.
2. Die eheliche Wohnung am C. _____-Weg ..., ... Zürich, inklusive Hausrat und Mobilier, wird für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zugewiesen.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, die eheliche Wohnung bis spätestens 31. August 2017 unter Mitnahme ihrer persönlichen Effekten zu verlassen.
4. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien für die Dauer des Getrenntlebens keinen persönlichen Unterhalt voneinander verlangen.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 1'800.- ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 206.25 Dolmetscherkosten

Fr. 2'006.25 Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gestützt auf Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
7. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsbeistandin des Gesuchsgegners, Rechtsanwältin lic. iur. Y._____, eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'500.– (inkl. 8% MWST) zu bezahlen.

Infolge Uneinbringlichkeit wird die Parteientschädigung Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ aus der Gerichtskasse ausbezahlt, wobei der Anspruch auf die nichterhältliche Parteientschädigung vollumfänglich auf die Gerichtskasse übergeht.

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

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 24):

- "1. Es seien Dispositiv-Ziffer 2 und Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Juni 2017 (Prozess-Nr. EE170144-L) aufzuheben und es sei die eheliche Wohnung am C._____-Weg ... in ... Zürich samt Hausrat und Mobilar für die Dauer des Getrenntlebens der Berufungsklägerin zur alleinigen Benützung zuzuweisen.
2. Eventualiter sei die Berufungsklägerin zu verpflichten, die eheliche Wohnung bis spätestens 30. November 2017 unter Mitnahme ihrer persönlichen Effekten zu verlassen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Berufungsbeklagten.

Sodann stelle ich folgenden **prozessualen Antrag:**

4. Der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
5. Es seien bei der Vorinstanz die Akten des Verfahrens EE170144-L beizuziehen.

Schliesslich stelle ich folgendes **Gesuch:**

Der Berufungsklägerin sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der unterzeichnende Rechtsanwalt sei im Berufungsverfahren als ihr unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (Urk. 35):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Juni 2017 Dispositiv Ziff. 2 und 3 sei zu bestätigen, wobei Ziff. 3 in dem Sinne zu präzisieren sei, dass die Gesuchstellerin zu verpflichten ist, die eheliche Wohnung bis spätestens ein Monat nach rechtskräftiger Entscheidung der Berufung bzw. bis aller spätestens 30. November 2017 unter Mitnahme ihrer persönlichen Effekten zu verlassen.
2. Eventualiter für den Fall der Gutheissung der Berufung sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin (recte dem Gesuchsgegner) sämtliche Gegenstände gemäss separater Liste in der ehelichen Wohnung zur alleinigen Benützung zu überlassen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Gesuchstellerin

sodann wiederhole ich das bereits mit Eingabe vom 7. August 2017 gestellte **Gesuch:**

Es sei dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt. September 2013 geheiratet (Urk. 14/2) und leben seit dem 13. März 2017 getrennt (Urk. 25 S. 16). Sie haben keine gemeinsamen Kinder. Mit Eingabe vom 5. Mai 2017 machte die Gesuchstellerin das vorliegende Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig. Am 7. Juni 2017 fand die Hauptverhandlung statt. Eine Einigung zwischen den Parteien konnte nicht erzielt werden. Am gleichen Tag fällte die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 25 S. 16 ff.).
2. Am 14. Juli 2017 erhob die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) Berufung mit den genannten Anträgen (Urk. 24). Mit Verfügung vom 9. August 2017 wurde der Berufung aufschiebende Wirkung zuerkannt. Der

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) erstatte die Berufungsantwort am 28. August 2017 (Urk. 35), welche mit Verfügung vom 30. August 2017 der Gegenseite zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 38).

3. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1 und 4-7 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

II.

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. 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 Berufungsbeurteilung (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 (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 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 (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5).

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).

3.1 Die Vorinstanz begründete die Wohnungszuteilung an den Gesuchsgegner mit den folgenden Argumenten: Übergeordnete Zuteilungskriterien im engeren Sinne würden keine vorliegen. Die Parteien hätten keine gemeinsamen Kinder und keine der Parteien gehe in der ehelichen Wohnung einer beruflichen Tätigkeit nach. Auch seien keine gesundheitlichen Gründe für das Verbleiben eines Ehegatten in der ehelichen Wohnung ersichtlich. Genauer zu betrachten seien die untergeordneten Kriterien wie affektive Interessen der Parteien sowie allfällige berufliche Vorteile resp. ein womöglich höherer Nutzen aus dem Verbleib in der Wohnung (Urk. 25 S. 8).

3.2 Die Gesuchstellerin mache keine affektiven Interessen geltend. Sie mache weder eine eigene enge Verwurzelung mit der Genossenschaft noch mit dem Quartier geltend. Zu berücksichtigen sei auch, dass sie erst seit der Eheschliessung mit dem Gesuchsgegner, mithin seit 2013, im entsprechenden Quartier lebe. Die Gesuchstellerin habe als massgebendes Argument für die Wohnungszuteilung die Interessen ihres 14-jährigen Sohnes D._____ zur Sprache gebracht. Zwar handle es sich nicht um den gemeinsamen Sohn der Parteien, seine Interessen seien infolge Minderjährigkeit unter dem Aspekt des Kindeswohls dennoch gebührend zu würdigen. Laut Rechtsprechung komme bei der Wohnungszuweisung den Interessen der Kinder, welche bisher im gleichen Haushalt gelebt hätten, bei der Interessenabwägung eine zentrale Bedeutung zu. Insbesondere sollen die Kinder, wenn immer möglich, in der gewohnten Umgebung verbleiben können. D._____ werde ab Sommer 2017 sein letztes obligatorisches Schuljahr im Schulkreis ... absolvieren. Die Gesuchstellerin habe ausgeführt, D._____ werde ab diesem Sommer die 3. Sekundarschule besuchen, sich parallel an einem Zürcher Privatschule auf die Gymiprüfung vorbereiten und noch eine Schnupperlehre im ... als Computerzeichner machen. Erfahrungsgemäss würden sich eine Mittelschule wie auch eine allfällige Lehrstelle in der Stadt Zürich meist ausserhalb des eigenen Wohnquartiers befinden, weshalb D._____ spätestens im Sommer 2018 gezwungen sein werde, seine gewohnte Umgebung resp. das ihm

bekanntes Quartier täglich zu verlassen für einen längeren Schul- bzw. Arbeitsweg. Sodann habe die Gesuchstellerin keinen eigentlich engen Bezug von D. _____ zum Wohnquartier bzw. zur ehelichen Wohnung geltend gemacht. Auch wohne D. _____ erst seit Sommer 2015 in der Schweiz, weshalb in zeitlicher Hinsicht nicht von einer Verwurzelung ausgegangen werden könne, und zudem handle es sich bei D. _____ um einen Teenager und nicht um ein Kleinkind, welches zwingend auf die ihm vertraute Umgebung angewiesen sei (Urk. 25 S. 8 ff.).

3.3 Der Gesuchsgegner seinerseits habe glaubhaft darlegen können, dass er emotional eng mit der Genossenschaft und dem Wohnquartier verbunden sei. Seit 15 Jahren und somit lange vor der Eheschliessung wohne er im Quartier, sei in der Gemeinschaft aktiv engagiert, habe ein sehr gutes Verhältnis zu den Nachbarn und pflege dort sein soziales Umfeld. Seine emotionale Bindung zur ehelichen Wohnung wirke authentisch und sei von der Gegenseite unbestritten geblieben. Es sei nachvollziehbar, dass der Auszug aus dem ihm vertrauten Quartier eine grosse psychische Belastung darstellen würde. Die zeitliche und soziale Verwurzelung sei im Hinblick auf das Alter von D. _____, der Tatsache, dass er erst seit zwei Jahren in der Schweiz lebe und spätestens in einem Jahr aufgrund seiner Schul- resp. Ausbildungssituation sich ohnehin werde neu orientieren müssen, stärker zu gewichten. Sodann würden zwei gewichtige Argumente für eine Wohnungszuweisung an den Gesuchsgegner sprechen. Aufgrund seiner Haupterwerbstätigkeit als ...-Chauffeur sei er zwingend auf eine zentrale Wohnung in Zürich angewiesen. Die Lage der ehelichen Wohnung würde ihm erlauben, alle wichtigen Orte in Zürich bzw. dem Flughafen innert 15 Minuten zu erreichen. Berufliche Interessen bzw. Vorteile seitens des Gesuchsgegners seien glaubhaft dargetan und von der Gegenseite auch nicht bestritten. Schliesslich sei der Gesuchsgegner auch auf die eheliche Wohnung angewiesen, um das Besuchsrecht für seine ältere Tochter E. _____, geboren tt.mm.2003, wahrnehmen zu können. Die KESB Engadin habe in einem Schreiben festgehalten, dass E. _____ den Gesuchsgegner an einem Wochenende im Monat von Samstagmittag bis Sonntagnachmittag besuchen dürfe. Übernachtungen am momentanen Wohnort in F. _____ seien hingegen untersagt. Weiter könne dem Einwand der Gesuchstellerin, wonach es für sie schwieriger sei, eine neue Wohnung zu finden als für den

alleinstehenden Gesuchsgegner, nicht gefolgt werden. Auch der Gesuchsgegner würde in einer neuen Wohnung ein zusätzliches Zimmer für die Ausübung der Besuchsrechte mit seinen Töchter benötigen. Der Vollständigkeit halber sei festzuhalten, dass beide Parteien eingetragene Genossenschafter der G._____ [Name der Genossenschaft] seien, weshalb auch die Gesuchstellerin Aussicht habe, für sich und D._____ eine Wohnung in der Genossenschaft zu finden (Urk. 25 S. 10 f.).

3.4 Aufgrund dieser Erwägungen kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Interessen des Gesuchsgegners vorliegend als gewichtiger zu werten seien, weshalb ihm die eheliche Wohnung am C._____ -Weg ..., ... Zürich, für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benutzung zuzuweisen sei (Urk. 25 S. 11).

4. Die Gesuchstellerin macht in der Berufung vom 14. Juli 2017 geltend, entscheidend sei das praktische Bedürfnis. Im Vordergrund würden die Interessen der Kinder, in der gewohnten Umgebung bleiben zu dürfen, und die Erfahrungstatsache, dass der alleinstehende Ehegatte als Einzelperson rascher eine Wohnung finde als der Ehegatte mit Kind, stehen. Ihr Interesse, dass ihr minderjähriger und noch schulpflichtiger Sohn D._____ in der gewohnten Umgebung verbleibe und seine obligatorische Schulzeit beenden könne, sei von übergeordneter Bedeutung. Die Vorinstanz verkenne dabei, dass es keine Rolle spiele, ob es sich um gemeinsame Kinder handle. Die Kindesinteressen von D._____ seien daher zentral.

Seit seiner Einreise in die Schweiz im Sommer 2015 lebe der Sohn in der ehelichen Wohnung und gehe seither im Quartierschulhaus ... im Schulkreis ... zur Schule. Die eheliche Wohnung bzw. das Quartier sei die einzige Umgebung, die er seit seiner Einreise in die Schweiz überhaupt kenne. In einem anderen Quartier habe er nie gelebt. In zeitlicher Hinsicht könne sehr wohl von einer Verwurzelung gesprochen werden. Im August 2017 komme er in das letzte obligatorische Schuljahr. Parallel dazu werde er an zwei Vormittagen pro Woche das "..."-Projekt des Gymnasiums ... besuchen, wo er bei der Gymivorbereitung unterstützt werde. Die Schulleitung und die Klassenlehrer würden in ihrer Bestätigung vom 12. Juli 2017 ausdrücklich festhalten, dass der Besuch des letzten Schuljahrs im Schulhaus ...

wichtig sei. Ein Um- und Wegzug und ein damit verbundener Schulwechsel nach Beginn des letzten Sekundarschuljahrs wären deshalb unsachgerecht, unzumutbar und mit einer besonderen Härte verbunden. Unter diesem Gesichtspunkt vermöge der Hinweis der Vorinstanz nicht zu überzeugen, dass D._____ ab Sommer 2018 ohnehin einen längeren Schul- bzw. Arbeitsweg haben werde, da die gegenwärtigen Verhältnisse massgebend seien. Dass der noch schulpflichtige Sohn D._____ in der gewohnten Umgebung verbleiben und auch dort seine obligatorische Schulzeit insbesondere auch im Hinblick auf ein erfolgreiches Bestehen der Aufnahmeprüfung, beenden könne, sei von übergeordneter Bedeutung (Urk. 24 S. 5 f.).

5. Der Gesuchsgegner entgegnet, dass die Parteien keine Kinder hätten, weshalb berufliche und gesundheitliche Gründe im Vordergrund stehen würden. D._____ sei nicht der gemeinsame Sohn, und dementsprechend sei das Kriterium nicht zuteilungsrelevant. Dies insbesondere deshalb, weil D._____ erst seit Sommer 2015 in der Schweiz lebe. Weshalb er nach knapp zweijährigem Aufenthalt ein schützenswertes Interesse daran haben solle, in dieser Wohnung bleiben zu können, und ihm ein erneuter Umzug mit nun 14 Jahren nicht zugemutet werden könne, sei nicht dargetan worden. Vorliegend könne es nicht genügen, eine bequeme Lösung für D._____ den affektiven, sozialen, beruflichen und familiären Interessen des Gesuchsgegners vorzuziehen. Die Vorinstanz habe richtigerweise auf die eigenen Aussagen der Gesuchstellerin abgestellt, wonach eben D._____ künftig ausserhalb des eigenen Wohnquartiers entweder eine Mittelschule oder eine allfällige Lehrstelle besuchen würde. Die eingeholte Bestätigung der Schule ... vom 12. Juni 2017 sei als verspätetes Nachschieben von neuen Beweismitteln aus dem Recht zu weisen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb D._____ unbedingt in unmittelbarer Nähe des Schulhauses ... wohnen müsse. Auch dürfe als gerichtsnotorisch bekannt davon ausgegangen werden, dass D._____ dieses Schulhaus sogar bis zum Schulende besuchen könnte, wenn er ausserhalb des Schulkreises ziehen müsse (Urk. 35 S. 4).

6. 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. 25 S. 5 f.).

7.1 Gemäss Rechtsprechung gilt als Zuteilungskriterium in erster Linie das Interesse der Kinder, in der gewohnten und vertrauten Umgebung bleiben zu dürfen und die Erfahrungstatsache, dass der alleinstehende Ehegatte als Einzelperson rascher eine Wohnung findet als der andere Ehegatte mit den Kindern, sowie Gründe beruflicher und gesundheitlicher Art, wenn die Wohnverhältnisse auf besondere Bedürfnisse eines gebrechlichen oder invaliden Familienmitglieds zugeschnitten sind (BGer 5A_319/2013 vom 17. Oktober 2013, E. 3.1.) Gemäss Lehre (und Rechtsprechung) sind die Interessen der gemeinsamen und nicht gemeinsamen Kinder, welche bisher in der ehelichen Wohnung gelebt haben, dem Grundsatz nach gleich zu berücksichtigen (BSK ZGB-Gloor, Art. 121 N 5; Ph. Maier, AJP 2008, S. 75 unter Verweis auf den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 24. März 2006, LP050100; Sutter-Somm/Stanischewski, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 276 N 22 m.H.a. AJP 2008, S. 75).

7.2 Folgt man diesem Grundsatz, auf den auch die Vorinstanz verwies, so ist in Übereinstimmung mit der Gesuchstellerin festzuhalten, dass im zu beurteilenden Fall ein sog. übergeordnetes Zuteilungskriterium vorliegt. Dieser Fall unterscheidet sich denn mit dem vom Beklagten zitierten Bundesgerichtsentscheid BGer 5A_78/2012 vom 15. Mai 2012. Denn im besagten Entscheid hatten die Ehegat-

ten keine Kinder, während im zu beurteilenden Fall die Ehe zwar kinderlos blieb, die Gesuchstellerin indessen einen Sohn in ihrer Obhut und der Gesuchsgegner zwei Töchter aus früheren Beziehungen haben. Dieser Umstand zeigt sich eherechtlich auch in der Beistandspflicht, wonach jeder Ehegatte dem andern in der Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber vorehelichen Kindern in angemessener Weise beizustehen hat (Art. 278 Abs. 2 ZGB). Und es ist davon auszugehen, dass der Beklagte zumindest konkludent sein Einverständnis dafür gab, dass die Gesuchstellerin den Sohn im Rahmen des Familiennachzugs im Sommer 2015 in die Schweiz nehmen konnte. Der im Dezember 2014 abgeschlossene Mietvertrag für eine 4-Zimmer-Wohnung spricht denn auch von 3 Personen (Urk. 14/9).

7.3 Mit der Vorinstanz ist jedoch festzuhalten, dass das Kriterium des Verbleibens in der vertrauten Umgebung im Ergebnis altersabhängig ist. So wie bei ganz kleinen Kindern, welche noch keine ausserhäuslichen Kontakte pflegen, die eheliche Wohnung nicht zwingend als vertraut zu bezeichnen ist, ist auch bei Jugendlichen mitunter zu differenzieren. D._____ wohnt seit Sommer 2015 bei der Gesuchstellerin und dem Gesuchsgegner. Die eheliche Wohnung und der Schulweg gehören damit zur vertrauten Umgebung in der Stadt. Aktenkundig war, dass D._____ ab dem Sommer 2017 die 3. Sekundarschule besuchen und in einem Zürcher Privatschulhaus sich auf die Gymiprüfung vorbereiten werde (Prot. I S. 7). Dass es sich dabei um das "..."-Projekt des Gymnasiums ... handelt, welches sich ebenfalls im Stadtkreis ... wie das ...-Schulhaus befindet, wird erstmals vorgetragen und ist prozessual verspätet. Dasselbe gilt für die Bestätigung der Schulleitung und des Klassenlehrers vom 12. Juli 2017 (Urk. 27/2), da nicht dargelegt wird, weshalb eine solche Bestätigung nicht bereits vor Vorinstanz eingereicht werden konnte. Dass ein Verbleib in der gewohnten Umgebung im Hinblick auf das Absolvieren der obligatorischen Schulzeit sowie ein erfolgreiches Bestehen der Aufnahmeprüfung von übergeordneter Bedeutung sei (Urk. 24 S. 5), wird ebenfalls erstmals vorgetragen. Indessen entspricht es der allgemeinen Erfahrung, dass ein Wechsel innerhalb des letzten Schuljahres kaum förderlich ist. Demgegenüber lässt die Tatsache, dass sich D._____ nach relativ kurzer Zeit in der Schweiz für das Gymnasium vorbereiten kann, darauf schliessen, dass er

wenig Mühe bekundete, sich in Zürich einzuleben, sich erfolgreich in der Sekundarschule integrieren konnte und schulisch sehr begabt ist.

7.4 Aus heutiger Sicht verbleiben rund acht Monate, bis D._____ die obligatorische Schulzeit beendet hat. Zwar ist D._____ dann noch nicht mündig, die Gesuchstellerin argumentiert aber in erster Linie mit der obligatorischen Schulzeit, insbesondere im Hinblick auf ein erfolgreiches Bestehen der Aufnahmeprüfung in das Gymnasium (Urk. 24 S. 5). Die von ihr geltend gemachte Härte liesse sich mitunter auch mit einer längeren Übergangsfrist entschärfen, während der die Gesuchstellerin neben der Wohnungssuche sich auch für den Verbleib von D._____ in der Schule ... bis zum Schulabschluss einsetzen könnte. Weitere eigene Gründe macht die Gesuchstellerin nicht geltend. Daher ist es vertretbar, dass die Vorinstanz die untergeordneten Kriterien wie das affektive Interesse geprüft hat. Das Bundesgericht betonte in seiner Rechtsprechung stets, dass im Streitfall das Eheschutzgericht über die Zuteilung von Wohnung und Hausrat nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in Abwägung der Interessen der Eltern und der Kinder entscheidet (BGer 5A_766/2008 vom 4. Februar 2009, E. 3.3).

8.1 Die Vorinstanz gewichtete dass affektive und soziale Interesse des Gesuchsgegners als gross. Er habe eine emotionale Bindung zur Wohnung, lebe bereits seit 15 Jahren und somit schon lange vor der Eheschliessung in der Genossenschaft, habe viele soziale Kontakte und pflege ein gutes Verhältnis zu seinen Nachbarn in der Genossenschaft. Entsprechend würde ihn der Auszug aus dem vertrauten Quartier in nachvollziehbarerweise psychisch belasten. Da die Gesuchstellerin erst 2013 in die Schweiz zog, schloss die Vorinstanz grundsätzlich zu Recht, dass das persönliche Interesse zur Nachbarschaft und zum Wohnquartier grösser sei als dasjenige der Gesuchstellerin. Etwas anderes macht die Gesuchstellerin auch nicht geltend. Gleichzeitig hob die Vorinstanz das berufliche Interesse des Gesuchsgegners an der ehelichen Wohnung hervor. Er sei mit seinem ...-Dienst auf eine zentrale Wohnung in der Stadt Zürich angewiesen. Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, nach dem Wohnortswechsel habe sich die Einkommenssituation kaum verändert. Der Gesuchsgegner habe mehrere Ein-

kommensquellen, was aus den Kontoauszügen hervorgehe. Seit 13. März 2017 lebe der Gesuchsgegner nicht mehr in der ehelichen Wohnung in Zürich, sondern in F._____, da er infolge häuslicher Gewalt polizeilich weggewiesen worden sei. Nach dem Wohnortswechsel von Zürich nach F._____ habe er weiterhin Einnahmen erzielt, was sich aus den bei den Akten befindenden Kontoauszügen ergebe. Sein Einkommen habe sich seit dem Wohnortswechsel kaum verändert. Ein Auftragsrückgang wäre allenfalls einzig darauf zurückzuführen, dass Einnahmen aus Abruf- bzw. Pikettdiensten generell Schwankungen unterliegen würden (Urk. 24 S. 6). Dem widerspricht der Beklagte. Er habe seit der Trennung von April bis August 2017 durchschnittlich Fr. 4'460.– verdient (Urk. 35 S. 6).

Die Nähe zum Arbeitsort bildet in der Rechtsprechung durchaus ein relevantes Kriterium. Vor Vorinstanz gab der Gesuchsgegner an, dass er zwischen Oktober 2016 und April 2017 monatlich Fr. 5'328.– und nachher in drei Monaten durchschnittlich Fr. 4'409.– verdient habe (Urk. 13 S. 6). Dies entspricht einem erheblichen Rückgang von rund 25 %, hingegen geht aus den Vorbringen nicht klar hervor, worauf diese Reduktion zurückzuführen ist. Der Beklagte macht hiezu in der Berufungsantwort keine näheren Angaben. Allerdings ist auch das Vorbringen der Gegenseite, ein Auftragsrückgang wäre darauf zurückzuführen, dass Einnahmen aus Abruf- bzw. Pikettdiensten generell Schwankungen unterliegen würden, prozessual verspätet.

8.2 Weiter moniert die Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner sei auch nicht zwingend auf die eheliche Wohnung angewiesen, um das - erst auf Probe - für ein Wochenende pro Monat neu eingeräumte Besuchsrecht für seine Tochter E._____ wahrnehmen zu können, da gemäss Schreiben der KESB Engadin vom 4. Mai 2017 auch eine andere Übernachtungsmöglichkeit möglich wäre, was angesichts des bis auf weiteres geltenden Kontakt- und Rayonverbots ohnehin die einzige Option für die Besuchsrechtsausübung sei. Der Gesuchsgegner befände sich nicht in derselben Situation wie die Gesuchstellerin, weil er nicht die Obhut über eine oder beide Töchter innehabe. Hinzu komme, dass bei einer Zuteilung der ehelichen Wohnung an den Beklagten gemäss der Vermietungsrichtlinien der

G._____ eine Unterbelegung eintreten würde, was zur Folge hätte, dass der Beklagte ohnehin nicht darin verbleiben könnte (Urk. 24 S. 7).

Im momentanen Wohnort in F._____ sind gemäss Schreiben des KESB Engadin vom 4. Mai 2017 keine Übernachtungen erlaubt (Urk. 14/10). Der Gesuchsgegner führt dazu aus, dieses Zuteilungskriterium sei zu seinen Gunsten zu werten (Urk. 35 S. 4). Gemäss der Rechtsprechung würde die Tatsache, dass die Gesuchstellerin die Sorge und Obhut über D._____ innehat, gleichwohl eher für die Zuteilung an sie sprechen. Es kann jedoch nicht ausgeblendet werden, dass der Gesuchsgegner eine Wohnung benötigt, wo er seine Kinder zu Besuch nehmen und wo die ältere Tochter übernachten kann. Die jetzige Wohnsituation des Gesuchsgegners kann nur vorübergehender Natur sein.

8.3 Die erst im Berufungsverfahren eingereichten Vermietungsrichtlinien der Genossenschaft sind prozessual verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO), da wiederum nicht dargetan wird, weshalb sie nicht bereits vor Vorinstanz eingereicht werden konnten. Doch selbst wenn darauf einzugehen wäre, ist festzuhalten, dass zwar bei der Gesuchstellerin mit D._____ keine Unterbelegung eintreten würde, der Gesuchsgegner aber immerhin von einer Übergangsfrist von zwei Jahren profitieren könnte (Urk. 27/5 Ziff. 3.9). Entscheidend im Zusammenhang mit der Genossenschaftswohnung ist indessen, dass die vorinstanzliche Erwägung, wonach beide Parteien eingetragene Genossenschafter der G._____, welche über zahlreiche Wohnungen in verschiedenen Quartieren verfügt, seien und über einbezahltes Anteilkapital verfügten (Urk. 25 S. 11), unangefochten blieb.

9. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass als Hauptargument der Gesuchstellerin das Interesse des erst seit zwei Jahren in Zürich lebenden D._____, die obligatorische Schulzeit in der gewohnten Umgebung beenden und insbesondere sich erfolgreich auf die Aufnahmeprüfung vorbereiten zu können, verbleibt. Dagegen würde der Verlust der Wohnung den Gesuchsgegner, der seit Jahren in der Genossenschaftssiedlung lebt und sozial verankert ist, persönlich und beruflich härter treffen als die Gesuchstellerin. In Abwägung sämtlicher Interessen ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen, denn es kann nicht gesagt werden, dass die Vorinstanz den Nutzen falsch eingeschätzt hat. Allerdings erscheint es ange-

messen, bei der Festsetzung der Auszugsfrist das schulische Interesse von D._____ zu berücksichtigen. Die Aufnahmeprüfungen an die Gymnasien finden in der Regel im März statt. Um die entsprechende Vorbereitung nicht zu gefährden, ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, die eheliche Wohnung bis spätestens auf Ende April 2018 zu verlassen.

10. Die Berufung erweist sich im Ergebnis als unbegründet und Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids ist zu bestätigen. Neu abzufassen ist die angefochtene Dispositiv-Ziffer 3 und wie erwähnt anzuordnen, dass die Gesuchstellerin zu verpflichten ist, die eheliche Wohnung bis spätestens 30. April 2018 zu verlassen.

III.

1. Da die Gesuchstellerin 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. Beide Parteien stellen ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Die Voraussetzungen von Art. 117 ZPO sind erfüllt: die Mittellosigkeit der Parteien ist ausgewiesen (Urk. 25 S. 15, Urk. 24 S. 9 f., Urk. 35 S. 5 f.) und die Standpunkte waren nicht aussichtslos. Auch sind beide Parteien zur Wahrung ihrer Rechte auf einen Rechtsbeistand angewiesen. Die Gesuche sind daher gutzuheissen.

3. Folglich sind die Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungsfrist gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Weiter ist in Anwendung von Art. 122 Abs. 2 ZPO die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin des Gesuchsgegners, Rechtsanwältin lic. iur. Y._____, direkt aus der Gerichtskasse auszurichten. Der Anspruch auf die Parteientschädigung von Fr. 1'620.– geht auf den Kanton Zürich über.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 und 4 bis 7 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 7. Juni 2017 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

Es wird erkannt:

1. Die eheliche Wohnung am C. _____-Weg ..., ... Zürich, wird für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zugewiesen.
2. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, die eheliche Wohnung bis spätestens 30. April 2018 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, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Der Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird der unentgeltlichen Rechtsbeiständin des Gesuchsgegners, Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____, direkt aus der Gerichtskasse ausge-

richtet. Der Anspruch auf die Parteientschädigung von Fr. 1'620.– geht auf den Kanton Zürich über.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, 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.

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, 13. November 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
mc