

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Urteil vom 23. Oktober 2017, 17.50 Uhr

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Massnahmegesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin, Massnahmegesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 6. Dezember 2016 (FE140222-E)

Rechtsbegehren (Urk. 7/32 S. 4 f.):

"Das Benützungsrecht an der Wohnung in Brasilien (Wohnung ..., ... [Adresse]) sei ab Juli 2016 bis zur Zuteilung der Wohnung im Rahmen des Scheidungsverfahrens zu regeln. Es sei den Geschuchstellern das Recht einzuräumen, die Wohnung (Wohnung ..., ... [Adresse]) wie folgt zu benützen: je abwechselnd, alle geraden Monate des Jahres darf der Geschuchsteller die Wohnung benützen, alle ungeraden Monate des Jahres darf die Geschuchstellerin die Wohnung benützen."

**Verfügung des Einzelgerichts in Zivil- und Strafsachen am
Bezirksgericht Hinwil vom 6. Dezember 2016 (Urk. 2 S. 19 f.):**

1. Das Gesuch des Geschuchstellers um Zuweisung der Wohnung in Brasilien (Wohnung ..., ... [Adresse]) zur alternierenden Benützung für die Dauer des Scheidungsverfahrens wird abgewiesen.
2. Die Wohnung in Brasilien (Wohnung ..., ... [Adresse]) wird für die Dauer des Scheidungsverfahrens der Geschuchsgegnerin zur alleinigen Benützung zugewiesen.
3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Begehrens wird im Endentscheid befunden.
4. [Mitteilungssatz]
5. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

des Beklagten, Massnahmegeschuchstellers und Berufungsklägers (Urk. 1):

"Die Ziffern 1. und 2. des Entscheids/Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht in Zivil- und Strafsachen, vom 6. Dezember 2016 seien aufzuheben und es sei wie folgt zu urteilen:

Ziff. 1:

Das Gesuch des Gesuchstellers um Zuweisung der Wohnung in Brasilien (Wohnung ..., ... [Adresse]) zu alternierender Benützung für die Dauer des Scheidungsverfahrens wird gutgeheissen.

Ziff. 2:

Das Benützungsrecht an der Wohnung (Wohnung ..., ... [Adresse]) sei ab Juli 2016 bis zur Zuteilung der Wohnung im Rahmen des Scheidungsverfahrens zu regeln. Es sei den Gesuchstellern das Recht einzuräumen, die Wohnung (Wohnung ..., ... [Adresse]) wie folgt zu benützen: je abwechselnd, alle geraden Monate des Jahres darf der Gesuchsteller die Wohnung benützen, alle ungeraden Monate des Jahres darf die Gesuchstellerin die Wohnung benützen.

Eventualiter sei den Gesuchstellern das Recht einzuräumen, die Wohnung (Wohnung ..., ... [Adresse]) die Wohnung während je 6 Monaten pro Jahr (am Stück) zu benützen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchstellerin."

der Klägerin, Massnahmegesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (Urk. 13):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST) zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt. November 2007 geheiratet. Die Ehe blieb kinderlos (Urk. 7/2/1). Mit Eingabe vom 13. Oktober 2014 machte die Klägerin, Massnahmegesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegnerin) ein Eheschutzverfahren anhängig (Urk. 7/40/1; Verfahrensnummer EE140089-E). Anlässlich der auf den 2. Dezember 2014 angesetzten Hauptverhandlung (Urk. 7/40/4) schlossen die Parteien eine "Teil-Vereinbarung über die Scheidungsfolgen" (Urk. 7/40/8 = Urk. 7/4). In Ziffer 1 der Vereinbarung ("Gemeinsamer Scheidungsantrag") stellten die Parteien ein gemeinsames Scheidungsbegehren und die Gesuchsgegnerin zog ihr Eheschutzgesuch zurück. Weiter enthält die

Vereinbarung Regelungen betreffend die "Nebenfolgen" eheliche Liegenschaft in C._____ ZH (Ziffer 2 lit. a), ehelicher/nachehelicher Unterhalt der Gesuchsgegnerin bei einer Wohnsitznahme in Brasilien (Ziffer 2 lit. b), die Wohnung ..., ... [Adresse] (fortan Wohnung; Ziffer 3), den Prozesskostenbeitrag (Ziffer 4) sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Ziffer 5). Das Eheschutzverfahren wurde in der Folge als gegenstandslos geworden abgeschrieben (Urk. 7/9 = Urk. 7/5). Seither stehen die Parteien vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren (Verfahrensnummer FE140222-E). Umstritten blieben die güterrechtliche Auseinandersetzung, insbesondere die Zuweisung des Eigentums an der Wohnung in ... [Stadt in Brasilien], und der Vorsorgeausgleich (Urk. 7/21 S. 2; Urk. 7/32 S. 2 ff.). In der Klageantwort vom 27. Mai 2016 stellte der Beklagte, Massnahmegegner und Berufungskläger (fortan Geschwäger) das eingangs angeführte Massnahmebegehren (Urk. 7/32 S. 4 f.). Die Gesuchsgegnerin beantragte in der Stellungnahme vom 6. Oktober 2016, es sei auf den Antrag auf Regelung des Benützungrechts an der Wohnung in Brasilien nicht einzutreten, eventualiter sei das Gesuch abzuweisen und die Wohnung ihr zur ausschliesslichen Benützung zuzuweisen (Urk. 7/41 S. 2). Betreffend den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 2 S. 3 f.). Mit Verfügung vom 6. Dezember 2016 (zunächst in unbegründeter Form ergangen) wies die Vorinstanz das Gesuch des Geschwägers um Zuweisung der Wohnung zur alternierenden Benützung für die Dauer des Scheidungsverfahrens ab (Urk. 2 S. 19, Dispositivziffer 1) und wies die Wohnung in ... [Stadt in Brasilien] für die Dauer des Scheidungsverfahrens der Gesuchsgegnerin zur alleinigen Benützung zu (Dispositivziffer 2).

2. Der Geschwäger hat gegen die Verfügung der Vorinstanz am 3. April 2017 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 1; Urk. 7/66). Er hat die eingangs erwähnten Anträge gestellt (Urk. 1 S. 2 f.). Der Geschwäger hat einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- geleistet (Urk. 9; Urk. 11). Die Berufungsantwort datiert vom 12. Juni 2017 (Urk. 13). Die Stellungnahme des Geschwägers vom 29. September 2017 wurde der Gesuchsgegnerin zur Kenntnis gebracht (Prot. S. 5; Urk. 17).

3.1.1 Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). 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. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (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 entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3).

3.1.2 Die Berufungsantwort hat die gleichen Begründungsanforderungen zu erfüllen wie die Berufung. Der Berufungsbeklagte, der in erster Instanz (teilweise) obsiegt hat und eine Gutheissung der Berufung befürchten muss, ist daher gehalten, eine allfällige unrichtige Rechtsanwendung sowie ihm nachteilige Sachverhaltsfeststellungen zu rügen (vgl. hierzu insbesondere BGer 4A_496/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 2.2.2 m.Hinw.). Das Gericht braucht nur zu überprüfen, was in der Berufungsantwort formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid vorgebracht wurde.

3.2. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, die - wie vorliegend (vgl. Art. 272 ZPO) - der eingeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 788 E. 4.2).

4. Auf die Ausführungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit für die Entscheidungsfindung notwendig eingegangen.

II.

1. Streitgegenstand der zu beurteilenden vorsorglichen Massnahme ist die Regelung des Benützensrechts an einer Wohnung in Brasilien. Der Gesuchsteller lebt in der Schweiz. Die Gesuchsgegnerin zog Mitte Februar 2015 in ihre Heimat Brasilien zurück. Zwar gibt sie als Wohnadresse noch immer die vormals eheliche Adresse in C. _____ an. Es blieb vor Vorinstanz jedoch unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin ihren Wohnsitz nach Brasilien verlegt hat. Umstritten war (und ist auch weiterhin), ob sie die Wohnung in ... noch immer selbst bewohnt oder zwischenzeitlich an einem anderen Ort in Brasilien lebt (vgl. Urk. 7/32 S. 40; Urk. 7/41 S. 4). Verspätet und damit nicht mehr zu beachten (vgl. vorne E. I/3.2.) ist die vom Gesuchsteller erst mit der Berufung aufgestellte Behauptung, die Gesuchsgegnerin habe die Verlegung ihres Wohnsitzes nach Brasilien nicht nachgewiesen (Urk. 1 S. 19). Es liegt somit ein Sachverhalt mit internationalem Bezug vor. Betreffend die Fragen der Zuständigkeit sowie des anzuwendenden Rechts kann auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 2 S. 11). Die Parteien beanstanden mit der Berufung weder die Zuständigkeit der Vorinstanz noch die Anwendbarkeit von Schweizer Recht.

2. Die Wohnung in ... wurde von den Parteien ab dem Jahre 2011 als Ferienwohnung genutzt. Die Eigentumsverhältnisse an der Wohnung sind umstritten (Urk. 7/32 S. 12 f.; Urk. 7/41 S. 3; Urk. 7/46 S. 3). In der "Teil-Vereinbarung über

die Scheidungsfolgen" vom 2. Dezember 2014 regelten die Parteien mit Bezug auf die Wohnung was folgt (Urk. 7/4):

"[...]

3. Wohnung in ... Brasilien

Die Parteien kommen überein, dass die Gesuchstellerin bis und mit Juli 2016 das Recht hat, in der Wohnung in ..., Brasilien zu wohnen. Sie verpflichtet sich, die anfallenden Nebenkosten der Stockwerkeigentümergeinschaft (Condominio) für die Wohnung in ..., Brasilien zu übernehmen. Sofern die Gesuchstellerin den VW Polo während diesem Zeitraum benutzt, hat sie sämtliche diesbezüglichen Kosten und Reparaturen zu übernehmen und auch für den entsprechenden Service besorgt zu sein. Wird der Gesuchsteller für diese Kosten belangt, verpflichtet sich die Gesuchstellerin ihn hierfür schadlos zu halten.

Unterhalts-, Wiederherstellungs- und Erneuerungsarbeiten sowie allfällige staatliche Abgaben bzw. Steuern die Wohnung betreffend, bedürfen der Zustimmung beider Gesuchsteller. Diese Kosten übernimmt der Gesuchsteller. Ausgenommen davon sind kleinere Reparaturen bis zu einem Wert von CHF 150.–, die die Gesuchstellerin alleine, aber zu ihren Lasten, vornehmen muss.

Dem Gesuchsteller wird andererseits das Recht eingeräumt, vom 1. Januar 2015 bis 7. Februar 2015 sowie vom 1. Januar 2016 bis zum 7. Februar 2016 in der Wohnung in ..., Brasilien zu wohnen und den VW Polo zu benutzen.

Sollte die Gesuchstellerin ihren Wohnsitz nicht nach Brasilien verlegen, besteht das gemeinsame Nutzungsrecht weiter.

[...]"

Zwischen den Parteien umstritten ist die Regelung der Benutzung der Wohnung in ... ab dem 1. August 2016. Die Vorinstanz hielt dafür, aus der Vereinbarung ergebe sich keine vergleichsweise Einigung der Parteien betreffend die Nutzung der Wohnung für die Zeit nach dem Juli 2016. Das Gericht habe daher auf Begehren einer Partei über die Zuteilung der Wohnung für die Dauer des Scheidungsverfahrens zu entscheiden (Urk. 2 S. 13 f.). In der Folge nahm die Vorinstanz eine Interessenabwägung vor und hielt zusammenfassend fest, wäge man die Interessen der Gesuchsgegnerin, in der Wohnung in ... zu wohnen, um sich auszubilden oder zu arbeiten, gegen diejenigen des Gesuchstellers ab, welcher beabsichtige, die Wohnung wie vor der Trennung zirka zwei Mal pro Jahr für kürzere Zeit zu Ferienzwecken zu benutzen, sei davon auszugehen, dass die Wohnung derzeit deutlich mehr den praktischen Bedürfnissen der Gesuchsgegnerin diene. Aufgrund des klaren Resultats der Interessenabwägung seien die Eigentumsverhältnisse nicht von Bedeutung (Urk. 2 S. 14 ff.). Eine alternierende Benützung der

Wohnung, wie vom Gesuchsteller beantragt, sah die Vorinstanz als nicht zweckmässig an, insbesondere weil eine Partei beabsichtige, "die Wohnung als Hauptwohnsitz zu nutzen" (Urk. 2 S. 18). Auch eine Regelung, wie sie in der Teilvereinbarung getroffen worden war, sah die Vorinstanz ausserhalb eines Vergleichs als nicht zweckmässig an (Urk. 2 S. 18).

3.1. Der Gesuchsteller rügt unter anderem, die Vorinstanz habe bei der von ihr vorgenommenen Interessenabwägung Art. 8 ZGB verletzt, ihm das rechtliche Gehör verweigert sowie ihr Ermessen willkürlich ausgeübt (Urk. 1 S. 16 ff.).

3.2.1 Das Bundesgericht hat ein Bedürfnis der Ehegatten, die Benützung eines Ferienhauses während des Scheidungsverfahrens im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen zu regeln, anerkannt (BGE 119 II 193 E. 3e). Sodann hat die Rechtsprechung Kriterien entwickelt, wie die Benützung der Familienwohnung im Eheschutzverfahren zu regeln ist (vgl. nachfolgend E. 3.2.2). Dieselben Kriterien sollen gelten, wenn es sich um eine eheliche Wohnung handelt, die nicht gleichzeitig Familienwohnung ist, wobei diesbezüglich eine zeitlich alternative Nutzung eher in Betracht gezogen werden könne und bei Ferienwohnungen gar als sinnvoll bezeichnet wird (BGer 5A_198/2012 vom 24. August 2012, E. 6.3.2 m.Hinw. auf die entsprechende Literatur). Zur Regelung der Benützung einer Wohnung im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens ist ebenfalls auf dieselben Kriterien abzustellen.

3.2.2 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 (vgl. hierzu *OGer ZH LY120013 vom 3. August 2012, E. 5*). 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. 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 zu sorgen. Einem Ehegatten kann die eheliche Wohnung auch besser dienen, weil er mehr Zeit darin verbringt oder diese sich näher bei seinem Arbeitsort befindet. 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 (*OGer ZH LY120013 vom 3. August 2012, E. 6*). Nur wenn die Interessenabwägung zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, sind die Eigentums- oder andere rechtlich geordnete Nutzungsverhältnisse zu berücksichtigen (*BGer 5A_198/2012 vom 24. August 2012, E. 6.3.2 m.Hinw.*). Das Nutzungsrecht an der Wohnung steht somit, entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin, bis zur definitiven güterrechtlichen Zuteilung der Wohnung nicht einfach "der Eigentümerin" zu (Urk. 13 S. 5).

3.2.3 Bei der Zuteilung einer Ferienwohnung kann eine zeitliche Aufteilung sinnvoll sein, sofern die Ehegatten nach Auflösung des gemeinsamen Haushalts unabhängig von dieser bisherigen Zweitwohnung getrennt leben. Von selbst versteht es sich, dass oft beide Ehegatten daran interessiert sind, eine Ferienwohnung zu nutzen, um sich dort zu erholen. Können sich die Ehegatten über die Nutzung einer Zweitwohnung nicht einigen, hat das Gericht unter Berücksichtigung aller bestehenden Interessen der Parteien nach freiem Ermessen über die Benützung zu entscheiden (vgl. hierzu *OGer ZH LY120013 vom 3. August 2012, E. 9*). Jede Partei hat ihre massgebenden Interessen zu behaupten und falls bestritten zu beweisen (vgl. Art. 8 ZGB), wobei Glaubhaftmachung genügt.

3.3. Die Parteien haben keine gemeinsamen Kinder. Es behauptet keine Partei, sie sei aus beruflichen oder gesundheitlichen Gründen auf die Wohnung in Brasilien angewiesen. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass das Interesse des Gesuchstellers an der Wohnung darin besteht, zirka zwei Mal pro Jahr (für kürzere Zeit) seine Ferien darin zu verbringen. Es kann auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden (Urk. 2 S. 15 f. und S. 18). Die Behauptung des Gesuchstellers in der Berufung, es sei sein langersehnter Traum gewesen,

"seinen Lebensabend in Brasilien" zu verbringen, ist neu (Urk. 1 S. 17). Vor Vorinstanz hat der Gesuchsteller lediglich den Traum des Erwerbs einer Wohnung in Brasilien erwähnt (Urk. 7/46 S. 2). Die Behauptung ist verspätet (vgl. vorne I./E. 3.2.) und nicht mehr zu beachten. Entsprechend musste und muss sich das Gericht auch keine Gedanken über eine allfällige Frühpensionierung des Gesuchstellers machen bzw. eine solche bei der Frage der Zuteilung der Wohnung berücksichtigen. Der Gesuchsteller stellt denn in der Berufung auch keine konkreten Behauptungen zu einer in Erwägung gezogenen Frühpensionierung auf, sondern erwähnt nur die Möglichkeit einer Pensionierung mit sechzig Jahren (Urk. 1 S. 17 f.).

3.4.1 Der Gesuchsteller berief sich vor Vorinstanz darauf, die Gesuchsgegnerin bewohne die Wohnung in ... nicht mehr selbst, vielmehr vermiete sie diese an Dritte (Urk. 7/32 S. 40; Urk. 7/46 S. 5). Die Gesuchsgegnerin hat dies bestritten. Sie machte bereits vor Vorinstanz geltend, bei der Wohnung handle es sich auch über den Juli 2016 hinaus um ihren Hauptwohnsitz (Urk. 7/41 S. 4; Urk. 7/53 S. 3), weshalb über deren Zuteilung als Ferienwohnung gar nicht mehr entschieden werden könne (vgl. Urk. 13 S. 4). Die Gesuchsgegnerin erklärte sich jedoch bereit, dem Gesuchsteller die Wohnung ab Juli 2016 gegen "eine angemessene Entschädigung" in ähnlichem Umfang wie in der Teil-Vereinbarung festgehalten zu überlassen (Urk. 7/41 S. 5). Die Beweislast für die Behauptung, dass die Gesuchsgegnerin nach wie vor in der Wohnung in ... lebt, obliegt - entgegen der Ansicht der Vorinstanz (vgl. Urk. 2 S. 17) - nicht dem Gesuchsteller, sondern der Gesuchsgegnerin. Diese hat glaubhaft zu machen, dass sie nach wie vor ihren Hauptwohnsitz in der Wohnung hat. Sie leitet aus dieser Tatsache Rechte ab. Die Vorinstanz hat, indem sie von der Beweislast des Gesuchstellers ausging, Art. 8 ZGB verletzt (Urk. 1 S. 24; Art. 320 lit. a ZPO).

3.4.2 Die Gesuchsgegnerin hat vor Vorinstanz keine Belege eingereicht, um den behaupteten Hauptwohnsitz zu belegen. Eine Verletzung ihres Rechts auf Beweis rügt sie in der Berufung nicht (vgl. Urk. 13 und vorne I./E. 3.1.2). Neu reicht die Gesuchsgegnerin mit der Berufung ein "Protokoll Fernbedienung Garage" (Urk. 15/1) sowie zwei Erklärungen der Pförtner des Anwesens, in welchem

sich die Wohnung befindet (Urk. 15/2-3), ins Recht. Weiter offeriert sie die beiden Pfortner als Zeugen (Urk. 13 S. 6). Wie bereits erwähnt (vorne I./E.3.2.), werden neue Beweismittel in der Berufung nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Das "Protokoll Fernbedienung Garage" datiert vom 23. November 2016 (Urk. 15/1) und die Erklärungen der Pfortner vom 28. November 2016 (Urk. 15/2-3). Die Beweismittel lagen bei Fällung des angefochtenen Entscheids bereits vor, weshalb die Gesuchsgegnerin detailliert hätte darlegen müssen, weshalb sie die Beweismittel nicht schon vor erster Instanz beibringen konnte (vgl. BGE 143 III E. 4.1 m.Hinw.). Die Gesuchsgegnerin äussert sich mit keinem Wort dazu, inwieweit mit Bezug auf die neu eingereichten Urkunden die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sein sollten. Entsprechend sind die Urkunden nicht zu berücksichtigen. Die Einvernahme von Zeugen ist im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen in einem Scheidungsverfahren zwar nicht ausgeschlossen (vgl. Art. 254 ZPO i.V.m. Art. 272 ZPO), doch führt die Gesuchsgegnerin selbst an, dass die rechtshilfweise Befragung von Zeugen in Brasilien vorliegend nicht angezeigt ist (Urk. 13 S. 6). Dem ist beizupflichten. Damit macht die Gesuchsgegnerin nicht glaubhaft, dass sie noch immer in der Wohnung in ... lebt. Es ist davon auszugehen, dass sie ihren Hauptwohnsitz nicht mehr dort hat. Dass die Gesuchsgegnerin den Wunsch hegen würde, ihren Hauptwohnsitz wieder in der Wohnung in ... zu begründen, hat sie weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren geltend gemacht (vgl. hierzu Urk. 2 S. 16). Andere Kriterien, welche ein Interesse ihrerseits an der Zuteilung der Wohnung belegen würden, macht die Gesuchsgegnerin nicht geltend. Somit braucht auch sie die Wohnung höchstens als Ferienwohnung. Bei diesem Ergebnis musste die Vorinstanz die vom Gesuchsteller zur Frage des Hauptwohnsitzes der Gesuchsgegnerin anbotenen Zeugen nicht einvernehmen (Urk. 7/46 S. 6). Eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor (Urk. 1 S. 24). Jedoch hat die Vorinstanz, insoweit sie ein Interesse der Gesuchsgegnerin an der Wohnung daraus ableitete, dass diese nach wie vor in der Wohnung in ... wohne bzw. den Wunsch hege, darin als Hauptwohnsitz zu leben, den Sachverhalt unrichtig festgestellt (Art. 310 lit. b ZPO).

3.5. Zusammenfassend ist auf Seiten des Gesuchstellers von einem dahingehenden Affektionsinteresse an der Wohnung auszugehen, dass mit dem Erwerb der Wohnung ein von ihm seit langem gehegter Wunsch in Erfüllung ging. Weiter hat er ein Interesse daran, weiterhin zirka zwei Mal pro Jahr Ferien in der Wohnung in Brasilien zu verbringen. Die Gesuchsgegnerin kann nicht glaubhaft machen, dass sie nach wie vor in der Wohnung in ... wohnt. Weitere Interessen an der Wohnung hat sie nicht behauptet. Damit überwiegt das Interesse des Gesuchstellers an der Wohnung. Es ist ihm zu ermöglichen, diese, wie von ihm beantragt, mindestens während der Hälfte des Jahres zu benutzen. Da die Interessenabwägung zu einem eindeutigen Ergebnis führt, spielen die Eigentumsverhältnisse an der Wohnung keine Rolle. Der Gesuchsteller beantragt mit dem Hauptantrag, ihm sei jeweils in den geraden Monaten des Jahres ein Benützungsrecht einzuräumen und der Gesuchsgegnerin in den ungeraden Monaten (Urk. 1 S. 2 f., Antrag Ziff. 1). Dieser alternierenden Zuteilung steht nichts im Wege. Die Gesuchsgegnerin bringt denn auch keine Argumente gegen eine solche Nutzungsordnung vor.

4. Zusammenfassend ist die Berufung des Gesuchstellers gutzuheissen und die Benutzung der Wohnung in ... für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens dahingehend zu regeln, dass dem Gesuchsteller das Recht eingeräumt wird, die Wohnung in den geraden Monaten des Jahres zu benutzen. Die Gesuchsgegnerin ist berechtigt, die Wohnung in den ungeraden Monaten zu benutzen. Für eine rückwirkende Regelung der Nutzung an der Wohnung (ab dem 1. August 2016) fehlt ein Rechtsschutzinteresse. Die Regelung gilt somit ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheids. Auf die weiteren Rügen des Gesuchstellers (Urk. 1 S. 8 ff.) muss nicht mehr eingegangen werden.

III.

1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Vorinstanz hat die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen

dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2 S. 19, Dispositivziffer 3). Die Regelung blieb unangefochten. Sie ist zu bestätigen.

2. Im Berufungsverfahren unterliegt die Gesuchsgegnerin vollumfänglich. Ausgangsgemäss wird sie kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung der § 12 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Kosten sind aus dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Die Gesuchsgegnerin hat dem Gesuchsteller den Vorschuss von Fr. 3'000.– zurückzuerstatten. Die Parteienschädigung ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 auf Fr. 3'000.– zuzüglich Fr. 240.– (8 % Mehrwertsteuer) zu veranschlagen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung werden die Dispositivziffern 1 und 2 der Verfügung des Einzelgerichts in Zivil- und Strafsachen am Bezirksgericht Hinwil vom 6. Dezember 2016 aufgehoben und wie folgt ersetzt:

"Der Gesuchsteller ist ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens berechtigt, die Wohnung ..., ... [Adresse] in den geraden Monaten des Jahres zu benutzen. In den ungeraden Monaten des Jahres steht das Nutzungsrecht an der Wohnung der Gesuchsgegnerin zu."

2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositivziffer 3) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt. Sie werden mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller den geleisteten Vorschuss von Fr. 3'000.– zu ersetzen.

5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'240.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 23. Oktober 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:
sf