

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE230025-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber MLaw A. Eggenberger

Beschluss und Urteil vom 11. März 2024

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw, LL.M. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Meilen vom 17. Mai 2023 (EE230001-G)**

Rechtsbegehren:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 29 S. 2):

- "1. Die Gesuchstellerin sei für berechtigt zu erklären, vom Gesuchsgegner getrennt zu leben.
2. Der Gesuchsgegner sei zu verhalten, innert einer kurzen durch das Gericht anzusetzenden Frist die eheliche Wohnung am C.____-weg ..., in D.____ zu verlassen und der Gesuchstellerin sämtliche diesbezüglichen Wohnungsschlüssel auszuhändigen.
3. Der Gesuchstellerin sei für die Dauer des Getrenntlebens das ausschliessliche Benützungsrecht an der ehelichen Wohnung am C.____-weg ..., in D.____ zuzuweisen.
4. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens und mit Wirkung ab April 2023 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 1'080.00 zu entrichten.
5. Zwischen den Parteien sei mit Wirkung ab 6. Januar 2023 die Gütertrennung anzuordnen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

des Berufungsbeklagten und Gesuchsgegners (Urk. 31 S. 2 f.):

- "1. Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen und es sei festzustellen, dass die Parteien seit dem 6. Januar 2023 (Datum Eheschutzgesuch) getrennt leben.
2. Es sei dem Gesuchsgegner die eheliche Wohnung am C.____-weg ..., D.____, samt Hausrat, Mobiliar und Parkplätzen für die weitere Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zuzuweisen.

Die Gesuchstellerin sei – unter Androhung der Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügung (Art. 292 StGB) im Unterlassungsfalle – zu verpflichten, die eheliche Wohnung bis spätestens 30. Juni 2023 zu verlassen und dem Gesuchsgegner sämtliche Schlüssel (Wohnungs- und Garagenschlüssel) auszuhändigen.

Eventualiter seien dem Gesuchsgegner seine persönlichen Gegenstände sowie die Möbel seiner Eltern (2 Kommoden und 1 Beistellmöbel im Eingangsbereich) sowie die Parkplätze (Nr. 1, 2 und 3) für die weitere Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zuzuweisen.

3. Auf die Zusprechung von Ehegattenunterhalt zugunsten der Gesuchstellerin sei zu verzichten.
4. Es sei die Gütertrennung per 1. Januar 2023 anzuordnen.
5. Die übrigen – den Anträgen des Gesuchsgegners widersprechenden – Anträge der Gesuchstellerin seien vollumfänglich abzuweisen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. von 7.7 % zulasten der Gesuchstellerin."

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Meilen vom 17. Mai 2023:**

(Urk. 51 S. 11 ff. = Urk. 48 S. 11 ff.)

1. Den Parteien wird das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt.
2. Die Familienwohnung am C.____-weg ..., D.____, wird für die Dauer des Getrenntlebens samt Mobiliar und Hausrat (exkl. persönliche Gegenstände der Gesuchstellerin) dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zugeteilt.

Die Gesuchstellerin wird unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB verpflichtet, die Familienwohnung am C.____-weg ..., D.____, bis spätestens zum 30. September 2023 zu verlassen und dem Gesuchsgegner sämtliche Schlüssel auszuhändigen.

Art. 292 StGB lautet:

Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.

3. Es werden keine Ehegattenunterhaltsbeiträge zugesprochen.
4. Zwischen den Parteien wird mit Wirkung per 1. Januar 2023 die Gütertrennung angeordnet.
5. Die übrigen Anträge der Parteien werden abgewiesen, soweit auf diese überhaupt eingetreten werden kann.

6. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 4'000.– festgesetzt. Sie wird im Umfang von 70 % der Gesuchstellerin und im Umfang von 30 % dem Gesuchsgegner auferlegt.
7. Die Entscheidgebühr wird aus dem Kostenvorschuss der Gesuchstellerin von CHF 4'000.– bezogen. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin seinen Anteil (CHF 1'200.–) zu bezahlen.
8. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 1'200.– zu bezahlen.
9. [Mitteilungssatz]
10. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 50 S. 2):

- "1. In Abänderung von Dispositiv-Ziff. 2 sei die Familienwohnung am C. _____-weg ..., D. _____, für die Dauer des Getrenntlebens samt Mobiliar und Hausrat (exkl. persönliche Gegenstände des Gesuchsgegners) der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung zuzuteilen.

Der Gesuchsgegner sei unter Strafandrohung von Art. 292 zu verpflichten, die Familienwohnung am C. _____-weg ..., D. _____ unter Ansetzung einer gerichtlichen Frist zu verlassen und der Gesuchstellerin sämtliche Schlüssel auszuhändigen.
2. In Abänderung von Dispositiv-Ziff. 6 sei die Entscheidgebühr im Umfang von 50% der Gesuchstellerin und im Umfang von 50% dem Gesuchsgegner aufzuerlegen.
3. In Abänderung von Dispositiv-Ziff. 7 sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin seinen Anteil (CHF 2'000.00) zu bezahlen.
4. In Abänderung von Dispositiv-Ziff. 8 sei keine Parteientschädigung zuzusprechen.
5. Eventualiter seien die in den Rechtsbegehren Ziff. 1 – 4 genannten Dispositiv-Ziffern des angefochtenen Entscheides aufzuheben und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners.
7. [...]."

des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagter (Urk. 57 S. 2):

- "1. Die Berufung der Berufungsklägerin vom 26. Mai 2023 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zulasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien sind seit dem tt. November 2001 verheiratet (Urk. 2/1 f.). Seit dem 6. Januar 2023 ist das Eheschutzverfahren hängig (Urk. 1). Hauptstreitpunkt zwischen den Parteien bildet die Zuteilung der ehelichen Wohnung. Mit Urteil vom 17. Mai 2023 wurde das Verfahren vor der Vorinstanz abgeschlossen und die eheliche Wohnung dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Gesuchsgegner) zugeteilt (Urk. 51). Hinsichtlich der weiteren Prozessgeschichte vor der Vorinstanz kann auf die diesbezüglichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 51 S. 3 f.).

2. Mit Eingabe vom 26. Mai 2023 erhob die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan: Gesuchstellerin) innert Frist (vgl. Urk. 49/2) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 50). Nachdem der Gesuchsgegner auf eine Stellungnahme zur beantragten aufschiebenden Wirkung verzichtet hatte (Urk. 52 f.), wurde der Berufung mit Verfügung vom 21. Juni 2023 betreffend Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils die aufschiebende Wirkung gewährt (Urk. 54). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 52 und Urk. 55). Mit Verfügung vom 10. Juli 2023 wurde Frist zur Einreichung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 56), welche am 19. Juli 2023 fristgerecht erstattet wurde (Urk. 57; Urk. 58; Urk. 59/1). Nach Zustellung der Berufungsantwort ersuchte die Gesuchstellerin um Fristansetzung zur Stellungnahme und liess sich in der Folge mit Eingabe vom 4. September 2023 fristgerecht vernehmen (Urk. 60-63). Die vorge-

nannte Eingabe wurde dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 64). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-49). Das Berufungsverfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuale Vorbemerkungen

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten sind die Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4 und 5 (Getrenntleben, Ehegattenunterhalt, Gütertrennung, Abweisung der weiteren Anträge). Diese Ziffern sind somit in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache und folglich über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_1049/2019 vom 25. August 2021, E. 3).

3. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist respektive an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass die Berufung erhebende Partei die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie 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, beziehungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Von der Berufungsinstanz kann nicht erwartet werden, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Berufungsbe-

gründung geeignet sein könnten (*OGer ZH NP220014 vom 16.11.2022, E. II.1, S. 5*; *BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.4*). Das obere kantonale Gericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (*BGE 142 III 413 E. 2.2.4*). Dabei ist die Rechtsmittelinstanz weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (*Art. 57 ZPO*). Diese Grundsätze gelten auch im Bereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (*BGE 138 III 374 E. 4.3.1*; *BGer 5A_800/2019 vom 9. Februar 2021, E. 5.1*). Auf die Parteivorbringen ist insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. *BGE 134 I 83 E. 4.1*).

4. Neue Tatsachen und Beweismittel können im Sinne von *Art. 317 Abs. 1 ZPO* im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfliessen zu lassen (*ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10*). Jede Partei, die sich auf solche Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun (vgl. *BGE 144 III 349 E. 4.2.1*; *BGE 143 III 42 E. 4.1*; *BGer 4A_193/2021 vom 7. Juli 2021, E. 3.1*).

III. Zuteilung der Wohnung

1. Erwägungen der Vorinstanz

1.1. Die Vorinstanz erwog, keine der Parteien mache Gründe geltend, welche ein überwiegendes Interesse im Sinne der Angewiesenheit auf die eheliche Wohnung belegen würden. Beide stützten sich auf Beziehungskriterien zur Ortschaft. Das Kriterium des Nutzens entfalle damit als Entscheidungskriterium (*Urk. 51 E. III.2. S. 5*).

1.2. Unter Berücksichtigung des Kriteriums der Zumutbarkeit des Auszugs – so die Vorinstanz weiter – stehe fest, dass beide Parteien darauf angewiesen seien, weiterhin in D._____ zu wohnen. Die weiteren Liegenschaften (E._____ und F._____) stellten keine echten Alternativen, sondern – wenn überhaupt – nur Übergangslösungen dar. Der Gesuchsgegner sei jene Partei, welche (kurzfristig) eher ausziehen könne, da die ihm gehörende weitere Liegenschaft in E._____ nicht vermietet sei. Damit werde hingegen nur eine Übergangslösung geschaffen, weil beide Parteien in D._____ wohnen wollten und dürften. Für die Zuteilung der ehelichen Wohnung sei deshalb massgeblich, welcher Partei die Suche nach einer neuen Wohnung in D._____ eher zumutbar sei (Urk. 51 E. III.3.2. S. 6).

1.3. An der Hauptverhandlung sei das Gericht zum provisorischen Schluss gelangt, dass der Gesuchsgegner wegen seiner finanziellen Verhältnisse und der vorhandenen liquiden Mitteln trotz Hund eher in der Lage sei, eine neue Wohnung in D._____ zu finden. Die Situation habe sich jedoch verändert. Die Gesuchstellerin habe inzwischen deutlich mehr liquide Mittel. So habe sich die Gesuchstellerin von einem gemeinsamen Konto, welches Mittel des Gesuchsgegners enthalten habe, einen Betrag von Fr. 375'000.– überwiesen. Damit sei nicht nur ihre finanzielle Leistungskraft um Fr. 375'000.– gestiegen, sondern die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners um denselben Betrag reduziert worden. Die Überweisung habe demnach netto eine Verschiebung der Leistungskraft um Fr. 750'000.– zur Folge. Diese erhebliche Verschiebung der Leistungsfähigkeit führe dazu, dass die Gesuchstellerin bei der Wohnungssuche mindestens gleich gut gestellt sei wie der Gesuchsgegner. Der Gesuchsgegner habe als zusätzliches Hindernis einen Hund, der die Wohnungssuche erschwere. Insofern erscheine die Wohnungssuche für die Gesuchstellerin einfacher als für den Gesuchsgegner und es sei ihr deshalb eher zuzumuten, die eheliche Wohnung zu verlassen (Urk. 51 E. III.3.3. S. 6 f.).

1.4. Da das Kriterium der Zumutbarkeit des Auszugs zu einem definitiven Ergebnis führe – so die Vorinstanz abschliessend – erübrige sich die Prüfung von Affektionsinteressen und Eigentumsverhältnissen. Diesbezüglich sei aber festzuhalten, dass die Parteien gleichmässige Affektionsinteressen geltend gemacht hätten und sie je hälftige Miteigentümer der Liegenschaft seien (Urk. 51 E. III.4. S. 7).

2. Parteistandpunkte

2.1. Die Gesuchstellerin rügt, die Vorinstanz habe eine Vielzahl relevanter Beurteilungskriterien nicht korrekt oder gar nicht gewürdigt und habe zudem ihren Entscheid mit einem offensichtlich falschen und prozessual nicht verwertbaren Argument begründet (Urk. 50 Rz. 7). So habe sie den körperlichen Übergriff des Gesuchsgegners auf die Gesuchstellerin vom 14. Dezember 2022 in der Familienwohnung in ihrem Urteil mit keinem Wort erwähnt (Urk. 50 Rz. 8). Der Gesuchsgegner habe sie an den Handgelenken gepackt und ihr mit den Worten gedroht: "Ich schlage dich kaputt" (Urk. 63 Rz. 7). Weiter sei tatsachenwidrig erkannt worden, dass der Gesuchsgegner darauf angewiesen sei, weiterhin in D._____ zu wohnen (Urk. 50 Rz. 9 f.; Urk. 63 Rz. 10-13). Ebenso wenig seien die eigenen Aussagen des Gesuchsgegners berücksichtigt worden, welcher ausgesagt habe, bloss aus emotionalen Gründen in der Wohnung bleiben zu wollen und nicht auf diese angewiesen zu sein (Urk. 50 Rz. 11; Urk. 63 Rz. 9, Rz. 16). Dass sich die wirtschaftlichen Verhältnisse seit der Hauptverhandlung geändert hätten und es zu einer Verschiebung der Leistungsfähigkeit gekommen sei, sei offensichtlich unzutreffend und ein Abstellen auf finanzielle Gründe unter Beachtung der Rechtsprechung willkürlich (Urk. 50 Rz. 13-16; Urk. 63 Rz. 18-25, Rz. 28-31). Zudem sei durch die Berücksichtigung der Verschiebung der Leistungsfähigkeit ihr rechtliches Gehör verletzt worden (Urk. 50 Rz. 17 f.; Urk. 63 Rz. 33-35).

2.2. Der Gesuchsgegner trägt vor, die Gesuchstellerin unterlasse es, ihre appellatorischen Vorbringen rechtsgenügend zu substantiieren (Urk. 57 Rz. 7). Am 14. Dezember 2022 sei es zu keinem körperlichen Übergriff gekommen; dieser Vorfall sei nicht weiter von Relevanz (Urk. 57 Rz. 11 f.). Sein Lebensmittelpunkt sei in D._____ – daran ändere seine Ferienwohnung in E._____ nichts (Urk. 57 Rz. 13-16). Anders als die Gesuchstellerin, welche eine Eigentumswohnung habe, verfüge er gerade über keine echte Wohnalternative (Urk. 57 Rz. 17). Er habe nicht zu Protokoll gegeben, dass er keine rationalen Gründe habe, sondern dass es mehr emotionale als rationale Gründe seien (Urk. 57 Rz. 18). Die Vorinstanz habe richtigerweise auch den Umstand in ihr Ermessen einfliessen lassen, dass er über einen Hund verfüge, welcher die Wohnungssuche erschwere (Urk. 57 Rz. 24). Die wirt-

schaftliche Leistungsfähigkeit habe sich aufgrund der unrechtmässigen und eigenhändigen Überweisung offensichtlich verändert, was von der Vorinstanz zu Recht berücksichtigt worden sei (Urk. 57 Rz. 21-28). Eine Gehörsverletzung liege nicht vor (Urk. 57 Rz. 29-32).

3. Rechtliches

3.1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV wird die Pflicht der Gerichte abgeleitet, ihre Entscheide zu begründen. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Es genügt, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann (BGE 136 I 184 E. 2.2.1; BGE 133 III 439 E. 3.3; BGer 5A_589/2021 vom 23. Juni 2022, E. 4.1.3.1.). Die Sachverhaltsfeststellung oder Beweismittelwürdigung einer Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde ist nur als willkürlich zu bezeichnen, wenn die Behörde den Sinn und die Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn sie ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn sie auf Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Dass die Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der berufungsführenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür (BGE 142 II 433 E. 4.4; BGE 141 I 49 E. 3.4; BGer 5A_60/2020 vom 5. Dezember 2022, E. 2.2; BGer 5D_46/2019 vom 18. Dezember 2019, E. 1.4.). Von Willkür in der Rechtsanwendung ist auszugehen, wenn der angefochtene Entscheid offenbar unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitgedanken zuwiderläuft. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt hingegen nicht (vgl. BGE 148 III 95 E. 4.1 m.w.H; BGer 5A_60/2020 vom 5. Dezember 2022, E. 2.3.). Der Anspruch auf

rechtliches Gehör gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist formeller Natur. Er stellt jedoch keinen Selbstzweck dar. Seine Verletzung führt daher in der Regel nur dann zu einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids, wenn dargetan ist, dass das Verfahren – wäre es regelkonform durchgeführt worden – eine andere Wende genommen hätte (vgl. BGE 143 IV 380 E. 1.4.1; BGer 5A_85/2021 vom 26. März 2021, E. 6.2., BGer 4A_453/2016 vom 16. Februar 2017, E. 4.2.2.-4.2.4.). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter diesen Voraussetzungen ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 142 II 218 E. 2.8.1; BGer 2C_756/2019 vom 14. Mai 2020, E. 3.2.).

3.2. Die vorläufige Zuweisung des Rechts zur Benützung der ehelichen Wohnung gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB beruht auf einem Ermessensentscheid des entscheidenden Gerichts. Dieses hat eine Interessensabwägung vorzunehmen, um eine den Umständen adäquate Regelung zu treffen. Die Regelung der Wohnverhältnisse im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB orientiert sich in erster Linie an der Zweckmässigkeit und am jeweiligen Nutzen des Hauses oder der Wohnung für die Ehegatten – grundsätzlich unabhängig davon, wer Eigentümer oder Mieter ist. Bleibt unklar, wem die Wohnung oder das Haus den grösseren Nutzen bringt, so hat derjenige Ehegatte auszuziehen und dem anderen die Liegenschaft zu überlassen, dem es unter Würdigung aller Umstände eher zuzumuten ist (vgl. BGE 120 II 1 E. 2c; BGer 5A_589/2021 vom 23. Juni 2022, E. 4.1.4.; BGer 5A_971/2017 vom 14. Juni 2017, E. 3.1.). Sofern keine Kinder vorhanden sind, stehen Gründe beruflicher und gesundheitlicher Art im Vordergrund, beispielsweise der Umstand, dass ein Ehegatte in der ehelichen Liegenschaft seinen Beruf ausübt oder ein Geschäft

betreibt oder dass die Wohnverhältnisse auf besondere Bedürfnisse eines gebrechlichen oder invaliden Familienmitglieds zugeschnitten sind. In zweiter Linie werden Affektionsinteressen berücksichtigt. Darunter fallen die Beziehungsnähe zur ehelichen Liegenschaft, deren höherer zeitlicher Nutzungswert oder die Möglichkeit für einen Ehegatten, den Unterhalt persönlich zu besorgen. Führt die Interessenabwägung zu keinem eindeutigen Ergebnis, ist im Zweifel den Eigentums- oder anderen rechtlich geordneten Nutzungsverhältnissen Rechnung zu tragen, denen auch bei voraussehbarer längerer Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ein zusätzliches Gewicht beigemessen wird. Nur ausnahmsweise (z.B. bei unausweichlich notwendigem Verkauf, in offensichtlichen Mangelfällen und Ähnlichem) können finanzielle Gründe für die Zuweisung des ehelichen Wohnhauses entscheidend sein (vgl. BGer 5A_589/2021 vom 23. Juni 2022, E. 4.1.4; BGer 5A_971/2017 vom 14. Juni 2017, E. 3.1.; BGer 5A_78/2012 vom 15. Mai 2012, E. 3.3; BGer 5A_766/2008 vom 4. Februar 2009, E. 3.2 und 3.3 m.w.H.; OGer ZH LE210024 vom 31.05.2022, E. 4.1. S. 25 ff. m.w.H.).

4. Würdigung

4.1. Die Gesuchstellerin ist der Meinung, die Vorinstanz hätte die finanzielle Situation der Parteien und insbesondere den Transfer des Guthabens des Gemeinschaftskontos auch aus prozessualen Gründen nicht berücksichtigen dürfen. Sie habe keine Möglichkeit gehabt, sich zu diesem in der Eingabe vom 4. April 2023 vorgebrachten Argument des Gesuchsgegners zu äussern. Dadurch, dass die Vorinstanz dieses wirtschaftliche Argument bei der Zuteilung der Familienwohnung dennoch berücksichtigt habe, habe sie ihr rechtliches Gehör massiv verletzt (vgl. Urk. 50 Rz. 15 ff). Dieses Vorbringen der Gesuchstellerin vermag nicht zu überzeugen. Zum einen macht sie nicht geltend, inwiefern das Verfahren anders verlaufen wäre, wenn die Vorinstanz ihr Gelegenheit gegeben hätte, sich zum erwähnten Kontoübertrag zu äussern. Zum anderen hatte die Gesuchstellerin die Möglichkeit, sich vor der Rechtsmittelinstanz, welche mit voller Kognition entscheidet (vgl. vorstehend E. II.2.), zu äussern, weshalb die nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden könnte. Schliesslich sind – wie nachfolgend zu zeigen sein wird (E. III.4.4. hiernach) – die finanziellen Verhältnisse der

Parteien bei der vorläufigen Zuweisung der Familienwohnung nicht von Relevanz. Entsprechend erübrigen sich weitergehende Ausführungen zur beantragten Rückweisung an die Vorinstanz (vgl. Urk. 50 Rz. 18).

4.2. Mit der Vorinstanz ist weiter festzuhalten, dass keine Partei im erstinstanzlichen Verfahren Gründe geltend gemacht hat, welche ein überwiegendes Interesse an der Familienwohnung darlegen würden. Auch im Berufungsverfahren bringen weder die Gesuchstellerin noch der Gesuchsgegner Umstände vor, die Schlüsse zur Zweckmässigkeit zuliessen beziehungsweise aufzeigen könnten, wem die Wohnung den grösseren Nutzen bringen würde. Es bleibt damit dabei, dass das Gericht zu prüfen hat, welchem Ehegatten es unter Würdigung aller Umstände eher zuzumuten ist, auszuziehen und dem anderen die Liegenschaft zu überlassen. Aufgrund der Vorbringen der Gesuchstellerin ist vorab weiter zu erwägen, dass der mutmassliche Vorfall vom 14. Dezember 2022 in der Familienwohnung von der Vorinstanz zu Recht nicht mitberücksichtigt wurde, zumal es nach der Rapportierung durch die Kantonspolizei Zürich (vgl. Urk. 14/3) keine Weiterungen gab beziehungsweise kein Strafverfahren oder gar eine Verurteilung folgte. Der Polizeirapport für sich allein stellt kein Beweismittel für ein strafrechtlich relevantes Verhalten dar und gilt – da der Vorfall vom Gesuchsgegner in der von der Gesuchstellerin vorgebrachten Form bestritten wird – auch im vorliegenden Zivilprozess nicht ohne Weiteres als erstellt. Selbst wenn eine entsprechende Tätlichkeit belegt wäre, wäre deren Kausalität für die Wohnungszuteilung schliesslich nicht ersichtlich.

4.3. Der Umstand, dass der Gesuchsgegner zeitweise nicht in der Familienwohnung, sondern in seiner Ferienwohnung in E._____ lebt, belegt – selbst wenn dies im Zeitraum Dezember 2022 bis Mai 2023 tatsächlich rund 40 % der Zeit ausgemacht hätte – nicht, dass er nicht darauf angewiesen wäre, in der Ortschaft D._____ zu wohnen. Dass der Gesuchsgegner dort grundsätzlich seinen Lebensmittelpunkt hat, ist vielmehr nicht von der Hand zu weisen und wird von der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren auch nicht substantiiert bestritten (vgl. Urk. 31 Rz. 13; Urk. 33 S. 3 f. und S. 13 f.; Urk. 50 Rz. 10; Urk. 57 Rz. 14; Urk. 63 Rz. 10 ff.). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Gesuchsgegner anlässlich der Hauptverhandlung vom 21. März 2023 auf entsprechende Fragen des Einzel-

richters, wieso er besonders auf die eheliche Wohnung angewiesen sei, ausgeführt hat, er sei nicht angewiesen, es seien emotionale Gründe, er habe einiges in die Wohnung investiert, um ein schönes Zuhause zu haben, es seien mehr emotionale als rationale Gründe (vgl. Urk. 33 S. 20 f.). Wie bereits die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, wollen und dürfen beide Parteien in D._____ wohnen und stellt die 2.5-Zimmer-Ferienwohnung in E._____ für den Gesuchsgegner keine ständige Wohnalternative, sondern – wenn überhaupt – nur eine Übergangslösung dar (vgl. Urk. 51 E. III.3.2. S. 6). Da davon auszugehen ist, dass sich der Gesuchsgegner im Raum D._____ eine neue Wohnung suchen würde, ist zudem zu berücksichtigen, dass häufig kurzfristig anberaumte Besichtigungstermine stattfinden, die von E._____ aus nicht einfach wahrzunehmen wären.

4.4. Zutreffend ist demgegenüber das Vorbringen der Gesuchstellerin (Urk. 50 Rz. 15 f.), dass finanzielle Gründe nur ausnahmsweise (zum Beispiel bei unausweichlich notwendigem Verkauf, in offensichtlichen Mangelfällen und Ähnlichem) für die Zuweisung des ehelichen Wohnhauses entscheidend sein können. Da beide Parteien unbestrittenermassen über ein liquides Vermögen von mindestens eineinhalb Millionen Franken verfügen (vgl. Urk. 50 Rz. 15), können finanzielle Interessen bei der vorläufigen Zuweisung der Familienwohnung im Rahmen des Eheschutzverfahrens keine entscheidende Rolle spielen. Beide Parteien sind aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse ohne Weiteres in der Lage, sich eine Wohnung zu mieten, und es ist nicht davon auszugehen, dass ein unausweichlicher Verkauf der Familienwohnung notwendig ist oder ein Mangelfall vorliegt. Entsprechend ist nicht weiter darauf einzugehen, wem die Vermögenswerte des Gemeinschaftskontos zuzuordnen sind.

4.5. Es bleibt die Erwägung der Vorinstanz, dass der Gesuchsgegner als zusätzliches Hindernis einen Hund habe, was die Wohnungssuche erschwere (Urk. 51 E. III.3.3. S. 5 f.). Die ermessensweise Berücksichtigung des Hundes durch die Vorinstanz wurde im angefochtenen Urteil somit ausdrücklich erwähnt. In ihrer Berufungsschrift rügt die Gesuchstellerin diese vorinstanzliche Erwägung mit keinem Wort (vgl. Urk. 50 Rz. 4 ff.; Urk. 57 Rz. 24). Das Vorbringen der Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 4. September 2023, wonach der Hund kein Argument für

den Verbleib in der Wohnung in D._____ sei, was der Gesuchsgegner nur schon dadurch manifestiert habe, dass er mit dem Hund seit Dezember 2022 rund 40 % der Zeit in E._____ verbracht habe, wurde nicht erst durch die Bemerkung des Gesuchsgegners betreffend den Hund in dessen Berufungsantwort notwendig und erfolgt demnach zu spät (vgl. Urk. 57 Rz. 24 und Urk. 63 Rz. 26). Im Übrigen könnte die Gesuchstellerin auch inhaltlich nichts aus vorgenannter Rüge ableiten. Der Umstand, dass der Gesuchsgegner zusammen mit dem Hund einen Teil der Zeit in seiner Ferienwohnung verbringt, hat in keinerlei Hinsicht etwas mit der Suche nach einer neuen Wohnung mit einem Hund zu tun. Dass dieser Umstand die Wohnungssuche häufig erschwert, ist hingegen evident. Entsprechend ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz diesen Sachverhalt berücksichtigt hat. Im Ergebnis bleibt es bei der vorinstanzlichen Festlegung, wonach es unter den zu beurteilenden Umständen für die Gesuchstellerin einfacher als für den Gesuchsgegner erscheint, sich eine neue Wohnung zu suchen. Der Gesuchstellerin ist folglich eher zuzumuten, die eheliche Wohnung zu verlassen. Im Ergebnis erweist sich die Berufung als unbegründet.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens

1.1. Trifft die Berufungsinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozesskosten beider Verfahren – des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens – sind dabei grundsätzlich der gemäss Entscheidung der Berufungsinstanz unterliegenden Partei aufzuerlegen. Hat gemäss Entscheidung der Berufungsinstanz keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten beider Verfahren nach dem Ausgang des Verfahrens beziehungsweise nach dem Erkenntnis der Berufungsinstanz verteilt (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ZPO; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 59 m.w.H.).

1.2. Die Vorinstanz setzte die Gerichtsgebühr auf Fr. 4'000.– fest und erwog, unter Würdigung des gesamten Aufwandes erscheine es angemessen, der Gesuchstel-

lerin 70 % und dem Gesuchsgegner 30 % der Kosten aufzuerlegen. Analog sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine auf 40 % reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'200.– zu bezahlen (Urk. 51 S. 11).

1.3. Die von der Vorinstanz festgesetzte Höhe der Gerichtskosten blieb unangefochten, erweist sich als angemessen und ist demnach zu bestätigen. Ausgangsgemäss ist auch die erstinstanzliche Kostenregelung zu bestätigen, welche von der Gesuchstellerin für den Fall ihres Unterliegens nicht angefochten wurde.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens

2.1. Im Rechtsmittelverfahren gelten dieselben Verteilungsgrundsätze wie vor erster Instanz (Art. 106 ff. ZPO). Das Berufungsverfahren beschränkt sich auf die vorläufige Zuteilung der Familienwohnung und damit auf vermögensrechtliche Belange (vgl. BGer 5A_971/2017 vom 14. Juni 2018, E. 1; BGer 5A_595/2011 vom 15. November 2011, E. 1.1; BGer 5D_126/2009 vom 27. Oktober 2009, E. 1.1). Die Prozesskosten sind nach Art. 106 Abs. 1 ZPO vollumfänglich der Gesuchstellerin aufzuerlegen.

2.2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich (GebV OG; LS 211.11) auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Entscheidgebühr ist mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.– zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2.3. Angesichts des beschränkten Prozessthemas und der rund neunseitigen Berufungsantwort erscheint in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 Abs. 1 und 3 und § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV; LS 215.3) eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– für das Berufungsverfahren als angemessen. Die Mehrwertsteuer für im Jahr 2023 erbrachte Leistungen beträgt weiterhin 7.7 % (Art. 115 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 112 Abs. 2 in Verbindung mit aArt. 25 Abs. 1 MWSTG), mithin Fr. 115.50. Angesichts des Unterliegens der Gesuchstellerin ist diese zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für

das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in vorgenannter Höhe zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer zu bezahlen, total somit Fr. 1'615.50.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4 und 5 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 17. Mai 2023 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 17. Mai 2023 wird bestätigt, soweit es nicht in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'615.50 zu bezahlen.
5. 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.

6. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit.

Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 11. März 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw A. Eggenberger

versandt am:
Im