

Critères pour l'attribution du logement et du mobilier de ménage (art. 176 al. 1 ch. 2 CC). Le droit de propriété n'est en principe pas un critère décisif pour l'attribution du logement et du mobilier de ménage selon l'art. 176 al. 1 ch. 2 CC. Une exception à ce principe existe uniquement lorsqu'aucun autre critère d'attribution n'est pertinent : dans ce cas, le droit de propriété ou d'autres droits d'usage sont pris en compte. Le bien de l'enfant est en revanche un critère prioritaire, tandis que les intérêts de tiers sont sans pertinence (consid. 4).

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte
A.,
vertreten durch Rechtsanwältin Maritta Schneider-Mako,
Beschwerdeführer,

gegen

B.,
vertreten durch Rechtsanwältin Katja Egle,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Eheschutz,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 17. Januar 2018 (LE170027-O/U).

Sachverhalt:

A. und B. sind verheiratet und haben das 2015 geborene Kind C.
Auf das Eheschutzgesuch des Ehemannes hin regelte das Bezirksgericht Horgen mit Urteil vom 21. März 2017 in umfassender Weise das Getrenntleben der Parteien. Dabei stellte es C. unter die alleinige Obhut der Mutter und wies die eheliche Wohnung dem Ehemann zu, unter Fristansetzung bis 30. Juni 2017 für Mutter und Kind zum Verlassen der Wohnung.
Auf beidseitige Berufung hin erfolgte mit Urteil vom 17. Januar 2018 eine umfassende Regelung des Getrenntlebens (mit Ausnahme der unbestritten gebliebenen Obhutzuteilung) durch das Obergericht des Kantons Zürich. Dieses wies die eheliche Wohnung für die Dauer des Getrenntlebens samt Hausrat und Mobiliar der Mutter zur alleinigen Benutzung zu, unter Fristansetzung bis 31. März 2018 für den Ehemann zum Verlassen der Wohnung.
In Bezug auf die Wohnungszuteilung erhob der Ehemann am 22. Februar 2018 (Eingang 26. Februar 2018) eine Beschwerde in Zivilsachen mit den Begehren um Zuteilung der Wohnung samt Hausrat und Mobiliar, eventualiter um Zuweisung der Wohnung an die Beschwerdegegnerin ohne Mobiliar und Hausrat, subeventualiter um Verlängerung der Frist zum Verlassen der Wohnung bis drei Monate nach Zustellung des Entscheides des Bundesgerichts. Ferner verlangt der Beschwerdeführer

die aufschiebende Wirkung und die unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Eheschutzentscheid, gegen den die Beschwerde in Zivilsachen offen steht (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG).

Bei Eheschutzsachen handelt es sich um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG ([BGE 133 III 393](#) E. 5.1 S. 397; Urteile 5A_376/2017 vom 23. Mai 2017 E. 2; 5A_47/2017 vom 6. November 2017 E. 1), so dass nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich ist. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (dazu E. 3) und des Willkürverbots (dazu E. 4).

2.

Wie bereits das Bezirksgericht hat das Obergericht hinsichtlich der Wohnungszuteilung eine umfassende Würdigung vorgenommen, jedoch mit anderer Gewichtung. Es hat das Interesse des Kindes, vorerst in der gewohnten Umgebung verbleiben zu können, in den Vordergrund gestellt und dabei befunden, angesichts seines Alters könne zwar noch nicht von einem sozialen Netz in der Umgebung gesprochen werden, aber die eheliche Wohnung sei das vertraute Zuhause des Kindes, woran weder Krippenaufenthalte noch Urlaube in Tschechien etwas änderten. Vor den Interessen des Kindes habe das Affektionsinteresse des Beschwerdeführers an der Wohnung, die aufgrund eines Erbvorbezuges in seinem Eigentum stehe, in den Hintergrund zu treten. Sodann sei zu bedenken, dass die Wohnungssuche angesichts der schlechten finanziellen Verhältnisse für beide Seiten schwierig sei, jedoch für die Beschwerdegegnerin mit dem Kind noch weniger einfach als für den Beschwerdeführer als Einzelperson. Überdies könne davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer zur Not vorübergehend bei seinen im gleichen Haus wohnhaften Eltern Unterschlupf finden könnte, sei es in deren Wohnung, sei es in der freistehenden Zweieinhalbzimmerwohnung im selben Haus, welche ebenfalls seinen Eltern gehöre. Im Übrigen sei keine der Parteien aus beruflichen oder gesundheitlichen Gründen auf die eheliche Wohnung angewiesen, auch nicht der gesundheitlich angeschlagene Beschwerdeführer (Schuppenflechten und Bizepssehnenrisse aufgrund eines Treppensturzes), weil die eheliche Wohnung nicht speziell auf dessen gesundheitlichen Bedürfnisse zugeschnitten sei. Insgesamt überwiege das Interesse des Kindes an einem einstweiligen Verbleib in der vertrauten Wohnung.

3.

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesst die Pflicht, einen Entscheid so abzufassen, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Daher müssen - im Sinn der entscheidewesentlichen Gesichtspunkte - wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf welche sich sein Entscheid stützt ([BGE 139 IV 179](#) E. 2.2 S. 183; [141 III 28](#) E. 3.2.4 S. 41; [141 IV 249](#) E. 1.3.1 S. 253).

Diesen Voraussetzungen ist das Obergericht mit seiner umfassenden Interessenabwägung, in welcher es alle wesentlichen Vorbringen der Parteien berücksichtigt hat, nachgekommen. Im Übrigen zeigt der Beschwerdeführer mit seiner ausführlichen Beschwerde selbst, dass er das obergerichtliche Urteil potentiell sachgerecht anfechten konnte (dazu im Einzelnen E. 4). Die Gehörsrüge ist offensichtlich unbegründet.

4.

Eine willkürliche Rechtsanwendung leitet der Beschwerdeführer in erster Linie daraus ab, dass die eheliche Wohnung in seinem Eigentum steht und die Beschwerdegegnerin diese bei der Scheidung ohnehin verlassen müssen. **Indes ist das Eigentum für die auf Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB gestützte Regelung der einstweiligen Benützung von Wohnung und Hausrat grundsätzlich nicht**

massgeblich ([BGE 120 II 1](#) E. 2c S. 3; Urteile 5A_766/2008 vom 4. Februar 2009 E. 3.1; 5A_78/2012 vom 15. Mai 2012 E. 3.1; 5A_848/2014 vom 4. Mai 2015 E. 3.2). Eine Ausnahme zugunsten des Eigentums oder anderer Nutzungsrechte besteht einzig dort, wo keine anderen Zuteilungskriterien greifen (vgl. Urteile 5A_595/2011 vom 15. November 2011 E. 5; 5A_829/2016 vom 15. Februar 2017 E. 3.1; 5A_592/2017 vom 24. August 2017 E. 2.2). Scheidet die Eignerschaft mithin im vorliegenden Fall als Zuteilungskriterium aus, ist das betreffende Vorbringen bereits im Ansatz nicht zur Darlegung von Willkür geeignet.

Vielmehr sind nach konstanter Rechtsprechung die Interessen von Kindern ein vorrangiges Kriterium (zuletzt Urteile 5A_470/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.1; 5A_904/2015 vom 29. September 2016 E. 4.2; 5A_829/2016 vom 15. Februar 2017 E. 3.1; 5A_592/2017 vom 24. August 2017 E. 2.2), welche das Obergericht denn auch in den Vordergrund gerückt hat. Diesbezüglich lässt sich Willkür augenfällig nicht mit der Behauptung begründen, für das Kind sei es besser, wenn es jetzt statt in ein paar Jahren umziehe, bringt doch bereits die Trennung der Eltern erhebliche Änderungen für das Kind mit sich; vor diesem Hintergrund ist nicht einsichtig, wieso es zu seinem Vorteil wäre, wenn es auch noch sofort die vertraute Wohnung verlassen müsste.

Vor dem Hintergrund des Gesagten sind die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers zur Darlegung einer willkürlichen Rechtsanwendung offensichtlich ungeeignet, soweit sie überhaupt als genügend substantiiert gelten können und/oder nicht neu und damit unzulässig im Sinn von Art. 99 Abs. 1 BGG sind:

Dies trifft zunächst auf die Behauptung zu, die seinen Eltern gehörende weitere Wohnung im gleichen Haus sei zwischenzeitlich vermietet, weil es notorisch sei, dass Wohnungen nicht während Monaten leer stünden. Diese Behauptung bleibt, obwohl der entsprechende Nachweis leicht zu führen wäre und der Beschwerdeführer ansonsten sämtliche Einzelheiten auflistet (z.B. detaillierte Krankengeschichte der pflegebedürftigen Eltern), gänzlich unbelegt, weshalb - mit dem blossen Verweis auf die "Notorietät", dass Wohnungen vermietet würden - keine Willkür substantiiert ist in Bezug auf die für das Bundesgericht verbindliche (Art. 105 Abs. 1 BGG) Sachverhaltsfeststellung im angefochtenen Entscheid, der Beschwerdeführer könnte in die leer stehende Wohnung ziehen. Damit ist gleichzeitig dem Vorbringen der Boden entzogen, er müsse weiterhin im gleichen Haus wohnen können, um seine Eltern (insbesondere die Mutter) zu pflegen und deren Haushalt zu besorgen. **Abgesehen davon würde das betreffende Willkürvorbringen daran scheitern, dass es bei den Zuteilungskriterien gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB nicht um die Interessen Dritter geht.**

Die gesundheitliche Beeinträchtigung des Beschwerdeführers hat das Obergericht ausführlich berücksichtigt und in diesem Zusammenhang festgehalten, dass die eheliche Wohnung nicht speziell auf die betreffenden Bedürfnisse zugeschnitten sei. Was daran willkürlich sein soll, legt der Beschwerdeführer nicht substantiiert dar. Die Behauptung, angesichts seiner gesundheitlichen Beschwerden könne er keine schweren Sachen heben und sei ihm deshalb ein Umzug objektiv unmöglich, ist neu (Art. 99 Abs. 1 BGG) und wäre im Übrigen nicht geeignet, Willkür aufzuzeigen, weil der Umzug mit der Hilfe Dritter besorgt werden kann und ohnehin das Mobiliar einstweilen in der ehelichen Wohnung bleibt (dazu E. 5).

5.

Was die Zuteilung des Hausrates anbelangt, hat das Obergericht ebenfalls auf Zweckmässigkeitsüberlegungen abgestellt und befunden, die Zuteilung der Wohnung verstehe sich vernünftigerweise in möbliertem Zustand. Sodann habe die Zuteilung provisorischen Charakter, d.h. es gehe nicht um eine Aufteilung des Hausrates im Sinn einer güterrechtlichen Auseinandersetzung, und im Übrigen habe der Beschwerdeführer auch keine konkreten Gegenstände bezeichnet, welche er beanspruche.

Mit einem Verweis auf die Eigentumsverhältnisse lässt sich keine Willkür dartun (vgl. E. 4). Was sodann die Behauptung anbelangt, die Beschwerdegegnerin würde das Mobiliar aus Rache beschädigen, hat das Obergericht befunden, das Vorbringen sei neu und damit verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO); entsprechend hat die Behauptung auch im bundesgerichtlichen Verfahren als unzulässig zu gelten (Art. 99 Abs. 1 BGG). Vor dem Hintergrund, dass das Obergericht eine integrale Zuteilung

des Hausrates an die Beschwerdegegnerin (mit Ausnahme der persönlichen Effekten des Beschwerdeführers) als zweckmässig erachtet hat und diesbezüglich keine Willkür aufgezeigt werden konnte, kommt der Subsidiärbegründung, der Beschwerdeführer habe keine konkreten Gegenstände bezeichnet, die er individuell beanspruche, keine entscheidtragende Bedeutung zu, weshalb sich Weiterungen hierzu erübrigen.

6.

Was die (im Urteil vom 17. Januar 2018) angesetzte Auszugsfrist bis zum 31. März 2018 anbelangt, mag diese relativ kurz bemessen sein; indes erweist sie sich - jedenfalls vor dem Hintergrund der willkürfreien Sachverhaltsfeststellung, dass im gleichen Haus eine den Eltern des Beschwerdeführers gehörende weitere Wohnung frei ist, in welche er ziehen könnte - nicht als schlechterdings unhaltbar und damit willkürlich.

7.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde insgesamt offensichtlich unbegründet, weshalb sie im vereinfachten Verfahren nach Art. 109 Abs. 2 lit. a BGG abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann.

Mit dem sofortigen Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

8.

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, konnte der Beschwerde von Anfang an kein Erfolg beschieden sein, weshalb es an den materiellen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt (Art. 64 Abs. 1 BGG) und das entsprechende Gesuch abzuweisen ist.

9.

Entsprechend dem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Da weder eine Vernehmlassung in der Sache noch eine Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung eingeholt wurde, ist auf der Gegenseite kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. März 2018

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli