

GR_GERICHTE ZK1 2015 159 vom 7. Januar 2016

GR Gerichte, 2016-01-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2015_159

FR: GR_GERICHTE ZK1 2015 159 du 7 janvier 2016

IT: GR_GERICHTE ZK1 2015 159 del 7 gennaio 2016

Regeste

Erlass vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsverfahren | Berufung ZGB Eherecht

Erwägungen

E. 2

Zuteilung der ehelichen Wohnung Die eheliche Wohnung an der _____strasse in O.1 _____ sei mitsamt dem sich darin befindlichen Mobiliar und Inventar (mit Ausnahme der persönlichen Effekten der Beklagten) dem Kläger zum ausschliesslichen Gebrauch zuzuweisen.

E. 2.1

Es seien die Dispositivziffern 3 und 5 des angefochtenen Entscheids des Bezirksgerichts Plessur vom 29.10.2015 (Proz. Nr. 135-2015-707) aufzuheben und es sei der Berufungskläger anzuweisen, die eheliche Wohnung an der _____strasse in O.1 _____ unter Mitnahme seiner

Seite 6 — 26 persönlichen Effekten bis Ende Januar 2016, eventuell unter einer nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Auszugsfrist, zu verlassen.

E. 2.2

Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge sowohl für das vorsorgliche Massnahmenverfahren der Vorinstanz (Proz. Nr. 135-2015-707) als auch für das Berufungsverfahren. B. Formelle Anträge Der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und es sei die Vollstreckung der Dispositivziffern 2 und 3 des angefochtenen Entscheids aufzuschieben." Zur Begründung bringt X. _____ im Wesentlichen vor, dass die Vorinstanz die Rangfolge der für die Zuteilung der ehelichen Wohnung massgebenden Zuteilungskriterien verletzt habe. Um über die eheliche Liegenschaft entscheiden zu können, sei es Aufgabe des Gerichts, alle bestehenden Interessen der Parteien nach freiem Ermessen gegeneinander abzuwägen und die Liegenschaft demjenigen Ehegatten zuzuweisen, dem sie besser diene. Nur wenn nicht ausgemacht werden könne, wem die Liegenschaft den grösseren Nutzen bringe, habe derjenige ausziehen, dem ein Auszug eher zumutbar sei. Führe auch dies zu keinem eindeutigen Ergebnis, sei schliesslich den Eigentums- oder anderen Nutzungsverhältnissen Rechnung zu tragen. Er habe zum heutigen Zeitpunkt keine neue Anstellung in Aussicht, weshalb er ab dem 1. Januar 2016 arbeitslos sein werde. Zudem sei er gegenwärtig zu 100 % arbeitsunfähig. Aufgrund des Dargelegten ergebe sich, dass er sowohl zufolge seiner ärztlich diagnostizierten Arbeitsunfähigkeit als auch seiner voraussichtlichen Arbeitslosigkeit die eheliche Wohnung zeitlich deutlich mehr nutzen könne als Y. _____. Vor diesem Hintergrund hätte die Vorinstanz das Kriterium der Zumutbarkeit gar nicht mehr prüfen dürfen. Des Weiteren sei die

Feststellung der Vorinstanz, er könne vorübergehend bei seiner Mutter oder Patentante oder anderen Verwandten oder Bekannten einziehen, unrichtig. Tatsache sei, dass ihn sein Vater D._____, welcher mit seiner Mutter E._____ zusammen wohne, aus ihrer gemeinsamen Wohnung rausgeworfen habe. Deswegen habe er sich auch veranlasst gesehen, zu seiner Patentante nach O.2_____ zu ziehen, wo er aber nur während der Dauer deren rund einwöchigen Ferienabwesenheit habe bleiben können. Aufgrund dieses seit jeher bestehenden schlechten Verhältnisses zwischen ihm und seinem Vater sei es ihm weder möglich noch zumutbar, zu seiner Mutter zu ziehen. Weil er nirgendwo anders habe Unterschlupf finden können, habe er sich gezwungen gesehen, am 6. November (recte: Oktober) 2015 wieder in die eheliche Wohnung einzuziehen. Davon, dass er über ein soziales Netzwerk verfüge, könne keine Rede sein. Aufgrund des laufenden Wegweisungsverfahrens sei es unverhältnismässig, wenn er aus der ehelichen

Seite 7 — 26 Wohnung ausgewiesen würde, um allenfalls später – sollte Y._____ die Schweiz tatsächlich verlassen müssen – wieder dort einzuziehen. Dies gelte vorliegend umso mehr, als es der erwerbstätigen Y._____ möglich und zumutbar sei, bis zum Vorliegen des definitiven Wegweisungsentscheids vorübergehend in ein Hotel zu ziehen. Sollte er die eheliche Wohnung dennoch verlassen müssen, so sei seinen gesundheitlichen Problemen, welche ab dem 9. November 2015 eine ärztliche Behandlung im Kantonsspital Graubünden erforderlich machen würden, und der unsicheren Arbeitssituation, welche für das Finden einer Wohnung zweifellos entscheidend seien, gebührend Rechnung zu tragen. Es erscheine daher gerechtfertigt, ihm eine Auszugsfrist von drei Monaten einzuräumen.

G. Mit Verfügung der Vorsitzenden der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden vom 11. November 2015 wurde der Berufung einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt. Über deren Aufrechterhaltung werde im Bestreitungsfall nach Eingang der Berufungsantwort entschieden. H. Y._____ beantragt in ihrer Berufungsantwort vom 19. November 2015 die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Der Einzelrichter in Zivilsachen am Bezirksgericht Plessur habe ihr mit überzeugender Begründung die eheliche Wohnung zur alleinigen Benützung zugewiesen. Des Weiteren habe die Vorinstanz die Kosten des Verfahrens X._____ auferlegt und diesen verpflichtet, ihr eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.00 zu bezahlen. X._____ beantrage, auch dieser Punkt sei aufzuheben. Begründet werde dies mit keinem Wort. Selbst wenn wider Erwarten die Berufung gutgeheissen werden sollte, heisse dies noch lange nicht, dass ihr die Gerichtskosten aufzuerlegen seien und sie verpflichtet werden könne, X._____ aussergerichtlich zu entschädigen. Solange X._____ keiner Arbeitsbeschäftigung nachgehen könne, werde er sich sicherlich mehr in der Wohnung aufhalten als sie. Dies sei aber noch lange kein Grund, um ihm die Wohnung zuzuweisen. Vielmehr spreche dieser Umstand gerade gegen eine Zuteilung dieser Wohnung. X._____ sei 35 Jahre alt. Er müsse somit nicht unbedingt bei seiner Mutter oder seiner Tante wohnen. Im Übrigen werde mit Nichtwissen bestritten, dass sein Vater ihn schlagen würde, wenn er bei der Mutter einziehen würde. Tatsache sei, dass X._____ ein viel grösseres soziales Umfeld habe als sie. Er sei somit viel eher in der Lage, eine geeignete Wohnung zu finden. Das Zusammenleben sei zurzeit für beide Parteien mehr als unangenehm. Hingegen sei klar, dass X._____ eine bestimmte Frist zu setzen sei. Die Bestimmung dieser Frist werde dem Kantonsgericht überlassen.

Seite 8 — 26 I. Am 19. November 2015 stellte Y._____ ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren. Diesem

Gesuch wurde mit Verfügung der Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom 16. Dezember 2015 (ZK1 15 164) entsprochen. J. Mit prozessleitender Verfügung vom 26. November 2015 bestätigte die Vorsitzende der I. Zivilkammer die der Berufung einstweilen zuerkannte aufschiebende Wirkung für die weitere Dauer des Berufungsverfahrens. Zudem wurde festgehalten, dass weder ein weiterer Schriftenwechsel noch eine mündliche Verhandlung vorgesehen sei. K. Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften und im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1. a) Die vorliegend strittige Wohnungszuweisung erfolgte im Rahmen des zwischen den Parteien hängigen Ehescheidungsverfahrens als vorsorgliche Massnahme. Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sind erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar. Als kantonale Berufungsinstanz in Angelegenheiten des Familienrechts ist die I. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden zuständig (Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGZZPO; BR 320.100] sowie Art. 6 lit. a der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts [KGV; BR 173.100]). Die Berufung ist innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen, wobei der angefochtene Entscheid beizulegen ist (Art. 311 ZPO in Verbindung mit Art. 248 lit. d und Art. 314 Abs. 1 ZPO). b) In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist eine Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 beträgt (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Frage, ob es sich bei der Zuweisung der ehelichen Liegenschaft gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB um eine Frage vermögensrechtlicher Natur handelt, hat das Bundesgericht offen gelassen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_248/2013 vom 25. Juli 2013 E. 1.1). Für das Vorliegen einer vermögensrechtlichen Streitsache ist massgebend, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögen ruht, das heisst, ob mit der Klage letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck ver-

Seite 9 — 26 folgt wird (vgl. BGE 118 II 528 E. 2c). Als nicht vermögensrechtlich sind Streitigkeiten über Rechte zu betrachten, die ihrer Natur nach nicht in Geld geschätzt werden können. Es muss sich um Rechte handeln, die weder zum Vermögen einer Person gehören noch mit einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis eng verbunden sind. Dass die genaue Berechnung des Streitwerts nicht möglich oder dessen Schätzung schwierig ist, genügt aber nicht, um eine Streitsache als eine solche nicht vermögensrechtlicher Natur erscheinen zu lassen. Massgebend ist, ob mit der Klage letztlich ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Liegt ein Fall vor, welcher sowohl vermögensrechtliche als auch nicht vermögensrechtliche Aspekte aufweist, wird eine Interessenabwägung zwischen dem finanziellen und dem ideellen Interesse des Klägers vorgenommen und darauf abgestellt, welches Interesse überwiegt (vgl. BGE 108 II 77 E. 1a; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_205/2008 vom 3. September 2008 E. 2.3). Eheschutzmassnahmen, insbesondere solche zur Regelung des Getrenntlebens, haben überwiegend ideellen Gehalt, selbst wenn dabei auch finanzielle Fragen zu klären sind. Sie werden erst zu vermögensrechtlichen Streitsachen, wenn nur noch Beiträge an den Ehegatten- oder Kindesunterhalt umstritten sind (vgl. Rolf Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Bd. II: Anhänge, 2. Aufl., Bern 2011, N. 18 Anh. ZPO Art. 271, mit Hinweis auf BGE 116 II 493 [zit. FamKomm Bd. II]; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_364/2007 vom 30. Juli 2007 E. 1.2). Andere Teile der Lehre sprechen sich dafür aus, Streitigkeiten im Familienrecht, in welchen kein Geld gefordert wird, als nicht vermögensrechtlich zu qualifizieren (vgl. Samuel Rickli, Der Streitwert im schweizerischen

Zivilprozessrecht, Diss. Basel, Zürich 2014, N. 85 mit weiteren Hinweisen). c) Vorliegend ist einzig die Zuweisung der ehelichen Wohnung gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB streitig. Es ist konkret zu beurteilen, ob Umstände vorliegen, die es rechtfertigen, dem Ehemann wie beantragt die Wohnung während der Trennung zur alleinigen Benutzung zuzuweisen. Dabei sind namentlich Zweckmässigkeitsüberlegungen anzustellen. Nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens ist die Regelung der finanziellen Folgen des Getrenntlebens, weder allgemein noch in Bezug auf die eheliche Wohnung. In diesem Sinn überwiegen vorliegend ideelle Aspekte, so dass vom Vorliegen einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit auszugehen ist, die unabhängig ihres Streitwerts berufungsfähig ist. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Berufung vom 9. November 2015 (vgl. act. A.1) ist somit einzutreten. 2. Über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren entscheidet das Gericht im summarischen Verfahren und in sinngemässer Anwendung der Be-

Seite 10 — 26 stimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Art. 276 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 271 ff. und Art. 248 lit. d ZPO). Grundsätzlich hat daher das Gericht wie im Eheschutzverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 272 ZPO). Zur Anwendung gelangt damit der sogenannte beschränkte oder soziale Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht den Sachverhalt nicht von Amtes wegen zu erforschen, sondern wie erwähnt lediglich festzustellen hat. Dabei hat es durch entsprechende Fragen und Aufforderungen auf die Vervollständigung des Sachverhalts hinzuwirken. Es obliegt indes in erster Linie den Parteien, die rechtserheblichen Tatsachen darzulegen und die nötigen Beweismittel zu nennen (vgl. eingehend dazu Claudia M. Mordasini-Rohner, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime in familienrechtlichen Verfahren, in: recht 2014, S. 20 ff.; Thomas Sutter-Somm/Johannes Vontobel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich 2013, N. 11 f. und N. 14 zu Art. 272 ZPO; Stefanie Pfänder Baumann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Zürich 2011, N. 5 zu Art. 272 ZPO). Die soziale Untersuchungsmaxime dient weniger dem an einer umfassenden Wahrheitsfindung gerichteten öffentlichen Interesse, sondern der Unterstützung der schwächeren Partei. Der Grundsatz greift in diesem Sinn nur zum Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien. Stehen sich – wie es vorliegend der Fall ist – zwei anwaltlich vertretene Parteien gegenüber, hat sich das Gericht bei der Feststellung des Sachverhalts wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff., Ziff. 5.16 S. 7348; Rolf Vetterli, in: FamKomm Bd. II, a.a.O., N. 2 Anh. ZPO Art. 272 ZPO; Thomas Sutter-Somm/Johannes Vontobel, a.a.O., N. 12 und N. 14 zu Art. 272 ZPO). Was das Beweismass anbelangt, genügt hinsichtlich der behaupteten Tatsachen das blosses Glaubhaftmachen. Das bedeutet, dass das Gericht nicht voll überzeugt werden muss; es reicht aus, wenn für das Vorhandensein der infrage kommenden Tatsachen eine grössere Wahrscheinlichkeit spricht als für das Gegenteil (vgl. Thomas Sutter-Somm/Johannes Vontobel, a.a.O., N. 12 zu Art. 271 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren trotz Geltung der beschränkten Untersuchungsmaxime nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zugelassen (vgl. BGE 138 III 625 = Pra 2013 Nr. 26). Praxisgemäss ist zwischen echten und unechten Noven zu unterscheiden (vgl. hierzu die Legaldefinition von Art. 229 Abs. 1 ZPO). Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen

Verfahrens entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug vor-

Seite 11 — 26 gebracht werden. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bestanden haben. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_621/2012 vom 20. März 2012 E. 5.1). Die Partei, die unechte Noven geltend macht, hat grundsätzlich zu begründen, weshalb deren Einreichung nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren möglich war (vgl. Martin H. Sterchi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Bern 2012, N. 4 ff. zu Art. 317 ZPO). Soweit demnach nachfolgend Beweismittel angerufen werden, ist zu prüfen, ob sie unter dem beschränkten Novenrecht von Art. 317 ZPO zulässig sind. 3. a) Nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB muss das Gericht, ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts begründet, auf Begehren eines Ehegatten die Benützung der Wohnung und des Hausrates regeln. Es entscheidet über die vorübergehende Zuteilung der ehelichen Liegenschaft an eine der Parteien nach Zweckmässigkeit und unabhängig davon, wer Eigentümer oder Mieter ist. Dabei hat das Gericht alle bestehenden Interessen der Parteien nach freiem Ermessen gegeneinander abzuwägen und die Liegenschaft demjenigen Ehegatten zuzuweisen, dem sie besser dient. Kann nicht eindeutig ausgemacht werden, wem das Haus oder die Wohnung den grösseren Nutzen bringt, so hat derjenige auszuziehen, dem es unter Würdigung aller Umstände eher zuzumuten ist. Führt die Interessenabwägung zu keinem eindeutigen Ergebnis, ist schliesslich im Zweifel den Eigentums- oder anderen rechtlich geordneten Nutzungsverhältnissen Rechnung zu tragen, denen auch bei voraussehbarer längerer Aufhebung des gemeinsamen Haushalts ein zusätzliches Gewicht beigemessen wird. Nur ausnahmsweise (zum Beispiel bei unausweichlich notwendigem Verkauf, in offensichtlichen Mangelfällen u.ä.) können finanzielle Gründe für die Zuweisung des ehelichen Wohnhauses entscheidend sein (vgl. bereits BGE 120 II 1 E. 2c sowie Urteile des Bundesgerichts 5A_766/2008 vom 4. Februar 2009 E. 3.1 und 5A_575/2011 vom 12. Oktober 2011 E. 5.1.3). b) Was unter "Zweckmässigkeit" und "grösserem Nutzen" im Einzelnen zu verstehen ist, haben Gerichtspraxis und Lehre verdeutlicht. Im Vordergrund der Beurteilung stehen 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. Vorrangig sind auch Gründe beruflicher und gesundheitlicher

Seite 12 — 26 Art, wenn ein Ehegatte in der ehelichen Liegenschaft seinen Beruf ausübt oder ein Geschäft betreibt oder wenn die Wohnverhältnisse auf besondere Bedürfnisse eines gebrechlichen oder invaliden Familienmitglieds zugeschnitten sind. In zweiter Linie werden Affektionsinteressen berücksichtigt wie zum Beispiel die Beziehungsnähe zur ehelichen Liegenschaft, deren höherer zeitlicher Nutzwert oder die Möglichkeit für einen Ehegatten, den Unterhalt persönlich zu besorgen. Ein affektives Interesse an der Zuteilung der Wohnung liegt beispielsweise vor, wenn die Vorfahren eines Ehegatten bereits in der ehelichen Wohnung wohnten oder einem Ehegatten die eheliche Wohnung sonst gefühlsmässig mehr bedeutet. Einem Ehegatten kann die eheliche Wohnung auch besser dienen, weil er mehr Zeit darin verbringt oder diese sich – bei Berufstätigkeit beider Ehegatten – näher bei seinem Arbeitsort befindet. Diesen sog. untergeordneten

Zuteilungskriterien kommt entscheidende Bedeutung zu, wenn die Ehegatten keine Kinder haben und keiner der Ehegatten aus beruflichen Gründen auf die eheliche Wohnung angewiesen ist. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden die affektiven Interessen allerdings teilweise nicht unter dem Aspekt des grösseren Nutzens, sondern (erst) bei der Beurteilung der Zumutbarkeit eines Auszuges geprüft. Welchem Ehegatten ein Auszug eher zumutbar ist, ist im Übrigen anhand der gesamten persönlichen Verhältnisse der Ehegatten zu entscheiden. In Betracht zu ziehen sind dabei namentlich deren Alter und Gesundheitszustand. So fallen dem jüngeren oder gesunden Ehegatten die Wohnungssuche, der Umzug und das sich Anpassen an eine neue Umgebung in aller Regel leichter als dem in fortgeschrittenem Alter stehenden oder gesundheitlich beeinträchtigten Partner. Zu berücksichtigen ist andererseits aber auch, wem es aufgrund seines Einkommens und seiner Herkunft eher möglich ist, auf dem Wohnungsmarkt eine neue Wohnung zu finden (vgl. zum Ganzen Urteile des Bundesgerichts 5A_823/2014 vom 3. Februar 2015 E. 4.1, 5A_319/2013 vom 17. Oktober 2013 E. 3.1, 5A_416/2012 vom 13. September 2012 E. 5.1 und 5A_766/2008 vom 4. Februar 2009 E. 3.2 f., je mit weiteren Hinweisen; Rolf Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Bd. I: ZGB, 2. Aufl., Bern 2011, N. 16 zu Art. 176 ZGB [zit. FamKomm Bd. I]; Jann Six, Ehe-schutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Bern 2014, N. 2.186; Susanne Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 81 ff.). ba) Die Parteien haben keine Kinder, welche in der ehelichen Wohnung leben und auf die es bei der Zuteilung der Wohnung Rücksicht zu nehmen gälte. Auch übt keine der Parteien in der Wohnung ihren Beruf aus beziehungsweise betreibt ein Geschäft und ist die Wohnung nicht auf die Bedürfnisse eines gebrechlichen

Seite 13 — 26 oder invaliden Familienmitgliedes zugeschnitten. Insofern fehlt es vorliegend ■ was der Berufungskläger in seinem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen bereits selber erkannt hat (vgl. Akten der Vorinstanz, act. I./1, N. B.2.5.) ■ an einem der vorrangig zu berücksichtigenden Kriterien, welche unter dem Aspekt des grösseren Nutzens klar für die Zuweisung der Wohnung an den einen oder anderen Ehegatten sprechen würden. Was die in zweiter Linie massgeblichen Affektionsinteressen anbelangt, hat der Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren einerseits die Nähe der Wohnung zu seinem Arbeitsplatz und andererseits die Tatsache, dass er die Wohnung vor dem Einzug der Berufungsbeklagten mehr als fünf Monate alleine bewohnt habe, angeführt (vgl. Akten der Vorinstanz, act. I./1, N. B.2.6. f.). Beide Argumente hat die Vorinstanz verworfen, was mit der Berufung zu Recht nicht beanstandet wird. So trifft es zweifellos zu, dass in Anbetracht des gekündigten Arbeitsverhältnisses die Nähe des Arbeitsplatzes bei der Zuweisung der Wohnung keine Rolle mehr spielen kann. Nichts anders gilt für die nur wenig längere Wohndauer, welche bei einer Gesamtbetrachtung kaum ins Gewicht fällt und jedenfalls keine eigentliche Verwurzelung von X. _____ im Quartier zu bewirken vermochte. Solches hat denn auch der Berufungskläger selber zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht. Weitere Gründe dafür, dass ihm die Wohnung besser diene als der Ehefrau, hat der Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren nicht vorgebracht, weshalb die Vorinstanz die Wohnungszuteilung denn auch einzig noch unter dem Aspekt der Zumutbarkeit eines Auszuges prüfte und dabei der unsicheren ausländerrechtlichen Situation der Ehefrau und ihrem fehlenden sozialen Netzwerk ausschlaggebende Bedeutung zumass. Dem hält der Berufungskläger entgegen, dass die Vorinstanz das Kriterium der Zumutbarkeit gar nicht mehr hätte prüfen dürfen. In Anbetracht dessen, dass

ihm seine Stelle bei der C. _____ aus gesundheitlichen Gründen auf den 31. Dezember 2015 gekündigt worden sei, er zum heutigen Zeitpunkt keine neue Stelle in Aussicht habe und er zudem zu 100% arbeitsunfähig sei, liege auf der Hand, dass er die eheliche Wohnung zeitlich deutlich mehr nutzen könne als die zu 100% erwerbstätige Ehefrau. Das Kriterium der zeitlichen Nutzung führe also dazu, dass die eheliche Wohnung ihm mehr diene, womit sich die Frage der Zumutbarkeit eines Auszuges nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gar nicht mehr stelle. Diese Ausführungen untermauert der Berufungskläger durch Einlage eines am 6. November 2015 ausgestellten Arztzeugnisses (vgl. act. B.3), worin ihm eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit seit dem 29. Oktober 2015 bescheinigt und ausserdem bestätigt wird, dass er am 9. Oktober (recte: November) 2015 für eine stationäre Abklärung/Behandlung ins Kantonsspital Graubünden eintreten müsse. Dabei handelt es sich offensichtlich um

Seite 14 — 26 ein echtes Novum gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO, welches im Berufungsverfahren zu berücksichtigen ist. bb) Wie bereits erwähnt, hat der Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren noch nicht geltend gemacht, dass ihm die Wohnung wegen der vermehrten zeitlichen Nutzung besser diene. Vielmehr führte er die drohende Arbeitslosigkeit einzig unter dem Aspekt der Zumutbarkeit eines Auszuges an und brachte sinn- gemäss vor, dass er im Vergleich zur arbeitstätigen Ehefrau schlechtere Chancen auf dem Wohnungsmarkt habe (vgl. Akten der Vorinstanz, act. I./1, N. 2.7.). Es stellt sich damit die Frage, ob die erstmalige Berufung auf den höheren zeitlichen Nutzungswert im Rechtsmittelverfahren nicht verspätet erfolgt ist. Zu beachten ist indessen, dass das vorliegende Verfahren der sozialen Untersuchungsmaxime untersteht und der vorinstanzliche Richter die massgeblichen Umstände von Amtes wegen festzustellen hatte. Vorliegend fehlte es zwar an einer konkreten Behauptung des Berufungsklägers, dass die Wohnung für ihn einen höheren zeitlichen Nutzungswert aufweise. Diejenigen Umstände, welche eine vermehrte zeitliche Anwesenheit in der Wohnung zur Folge haben, hat der Berufungskläger aber bereits im vorinstanzlichen Verfahren namhaft gemacht. So hat er in seinem Gesuch dargelegt und durch Einlage des Kündigungsschreibens vom 28. September 2015 (vgl. Akten der Vorinstanz, act. II./10) auch bewiesen, dass seine Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per 31. Dezember 2015 aus gesundheitlichen Gründen gekündigt hat. Ebenso hat er ■ wenn auch in Zusammenhang mit dem Begehren, auf die Zusprechung von Unterhalt an die Ehefrau zu verzichten ■ ausgeführt und belegt, dass er derzeit keine andere Anstellung in Aussicht habe und er sich deshalb am 1. Oktober 2015 beim RAV zur Arbeitsvermittlung angemeldet habe (vgl. Akten der Vorinstanz, act. I./1, N. B.1.5. sowie act. II./4. und II./5). An der vorinstanzlichen Verhandlung äusserte sich der Berufungskläger auf entsprechende richterliche Befragung sodann auch eingehend zu seiner gesundheitlichen Situation und reichte in diesem Zusammenhang zwei Schreiben der Sozialversicherungsanstalt (SVA) Graubünden zum laufenden IV-Verfahren zu den Akten (vgl. Akten der Vorinstanz, act. I./3 S. ff. sowie act. II./18 und II./19). Dabei machte er zwar teilweise widersprüchliche Angaben zum Grad seiner Arbeitsunfähigkeit und auch seine Antworten auf Fragen nach der Art der Krankheit bzw. nach seinen Symptomen sind recht vage geblieben. Mit den beiden Schreiben der SVA Graubünden hat er aber immerhin belegt, dass er seit Mitte September 2014 in seiner Arbeitsfähigkeit erheblich eingeschränkt war und er gegen den negativen Vorbescheid der IV-Stelle, der noch von einer Weiterbeschäftigung bei seiner bisherigen Arbeitgeberin in einer seinem Leiden angepassten Tätigkeit ausgegangen

Seite 15 — 26 war, Einwand erhoben hat. Auch wenn das in der Folge nachgereichte Arztzeugnis vom 27. Oktober 2015 (vgl. Akten der Vorinstanz, act. II./14) dem Berufungskläger lediglich für die Zeit vom 9. bis 31. Oktober 2015 eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit attestierte, musste vor diesem Hintergrund mit einem Andauern der gesundheitlichen Beschwerden, wie sie nun mit dem im Berufungsverfahren eingereichten Arztzeugnis (act. B.3) auch belegt wurden, gerechnet werden. Dass die Wohnung für den gesundheitlich beeinträchtigten und ab 1. Januar 2016 stellenlosen Berufungskläger einen höheren zeitlichen Nutzungswert aufweist als für die voll erwerbstätige Berufungsbeklagte, war somit bereits für den Vorderrichter absehbar und stellt denn auch einen Umstand dar, welcher nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der Interessenabwägung miteinzubeziehen ist. Er hätte daher vom Vorderrichter ebenso von Amtes wegen festgestellt werden müssen wie der Umstand, dass die Ehefrau über kein soziales Netzwerk verfügt. Die Berufungsbeklagte selber hat dieses Argument in ihrer Stellungnahme nämlich ebenfalls nicht vorgebracht. Es war vielmehr der Vorderrichter, welcher diesen aus seiner Sicht relevanten Umstand ins Verfahren eingebracht und die Parteien an der mündlichen Verhandlung dazu befragt hat (vgl. Akten der Vorinstanz, act. I./3 S. 6 und 8). Ein solches Vorgehen ist in einem von der sozialen Untersuchungsmaxime beherrschten Verfahren zwar zulässig, darf aber nicht einseitig zugunsten bloss einer Partei angewandt werden. Infolgedessen hätte der Vorderrichter den Sachverhalt auch zugunsten des Berufungsklägers vervollständigen müssen, soweit dessen Vorbringen solches nahelegten. Unter diesem Aspekt ist dem Berufungskläger darin beizustimmen, dass die Vorinstanz das Kriterium der zeitlichen Nutzung zu seinen Gunsten hätte berücksichtigen müssen. c) Eine andere Frage ist, ob dem höheren zeitlichen Nutzungswert ein derartiges Gewicht zukommt, dass allein deswegen die Wohnung dem Berufungskläger zugewiesen werden müsste und die für die Zumutbarkeit eines Auszuges massgeblichen Umstände nicht mehr zu prüfen wären. Richtig ist, dass sich die Frage nach der Zumutbarkeit des Auszuges nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erst dann (subsidiär) stellt, wenn die (primäre) Frage, wem die Wohnung den grösseren Nutzen bringt, nicht eindeutig beantwortet werden kann. Insofern unterscheidet das Bundesgericht die beiden Teilbereiche und postuliert eine kas-kadenartige Prüfung der Frage des grösseren Nutzens einerseits und der besseren Zumutbarkeit eines Auszuges andererseits (vgl. dazu auch die Entscheide des Zürcher Kassationsgerichts in FamPra.ch 2005 S. 584 ff. E. 3d sowie ZR 2006 Nr.

E. 3

Urkundenherausgabe / Auskunftspflicht Die Beklagte sei gestützt auf Art. 170 Abs. 2 ZGB zu verpflichten, dem Kläger respektive dem Massnahmenrichter folgende Urkunden herauszugeben und die entsprechenden Auskünfte zu erteilen: - Arbeitsvertrag A.____ - Arbeitsvertrag mit B.____ - Sämtliche im Zusammenhang mit der Tätigkeit bei A.____ und dem B.____ ausgestellten Lohnabrechnungen - Kündigung betreffend Anstellung A.____ - Aktuelle Kontoauszüge

E. 4

Die Anträge des Gesuchstellers seien abzuweisen.

E. 5

a)Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 800.00 (Entscheidgebür) gehen zu Lasten von X.____ und sind dem Bezirksgericht Plessur innert 30 Tagen mit beiliegendem Einzahlungsschein zu bezahlen. b)X.____ hat Y.____ eine Parteientschädigung in Höhe

von CHF 1'000.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu bezahlen.

E. 6

a)(Rechtsmittelbelehrung). b)(Rechtsmittelbelehrung Kostenentscheid). c)Im vorliegenden anwendbaren summarischen Verfahren erfolgt kein Fristenstillstand durch Gerichtsferien (Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO).

E. 7

(Mitteilung)." Zur Begründung wurde im Zusammenhang mit der Wohnungszuweisung ausgeführt, dass X._____ zu Recht nicht geltend mache, aus beruflichen Gründen auf die eheliche Wohnung angewiesen zu sein. Die reine Bequemlichkeit, zum Arbeitsort laufen zu können, begründe kein stärkeres Interesse an der Wohnung. Dass Y._____ zu ihrer Trauzeugin nach O.3_____ ziehen könne, sei ihr insbesondere aufgrund der grossen Distanz und dem Antritt ihrer Arbeitsstelle im November 2015 in O.1_____ nicht zumutbar. X._____ habe kein stärkeres affektives Interesse an der ehelichen Wohnung, nur weil er vor dem Einzug von Y._____ bereits fünf Monate alleine in der Wohnung gewohnt habe. Absolut irrelevant sei

Seite 5 — 26 auch sein Argument, er sei im Mietvertrag als Mieter aufgeführt. Die vertragsrechtliche Situation bleibe beim Abwägen der Bedürfnisse der Parteien im Hinblick auf die Zuteilung der ehelichen Wohnung ausser Betracht. Des Weiteren habe X._____ bereits von Ende August 2015 bis anfangs Oktober 2015 bei seiner Mutter und seiner Patentante gewohnt. Offenbar sei es für ihn kein Problem, kurzfristig bei seinen Verwandten eine Bleibe zu finden. Er habe zudem nicht glaubhaft dargelegt, weshalb es ihm nun unzumutbar sein sollte, vorübergehend wieder zu seiner Mutter oder seiner Patentante oder zu anderen Verwandten oder Bekannten zu ziehen. Im Übrigen habe X._____ auch nicht geltend gemacht, er wäre aufgrund seiner Krankheit auf die Zuweisung der Wohnung angewiesen. Demgegenüber sei Y._____ vor rund einem Jahr von Bosnien Herzegowina in die Schweiz zu ihrem Ehemann gezogen. Sie verfüge hier unbestrittenermassen über kein soziales Netzwerk. Aufgrund des hängigen Wegweisungsverfahrens sei derzeit zudem unklar, ob sie die Schweiz allenfalls in naher Zukunft verlassen müsse. Vor diesem Hintergrund könne ihr nicht zugemutet werden, sich in relativ kurzer Zeit eine Wohnung zu suchen. X._____ sei es deshalb durchaus zuzumuten, während der Dauer des Scheidungsverfahrens die eheliche Wohnung zu verlassen. Y._____ vermöge nach dem Gesagten ein stärkeres Interesse an der ehelichen Wohnung geltend zu machen. Ihr könne unter all den gegebenen Umständen nicht zugemutet werden, die eheliche Wohnung zu verlassen. Die Wohnung sei daher Y._____ zuzuweisen und X._____ werde angewiesen, die eheliche Wohnung bis zum 16. November 2015 zu verlassen. F. Gegen diesen Entscheid erhob X._____ am 9. November 2015 Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden mit den folgenden Rechtsbegehren: "A. Materielle Anträge 1. Hauptantrag 1.1. Es seien die Dispositivziffern 2, 3 und 5 des angefochtenen Entscheids des Einzelrichters des Bezirksgerichts Plessur vom 29.10.2015 (Proz. Nr. 135-2015-707) aufzuheben und es sei dem Berufungskläger die eheliche Wohnung an der _____strasse in O.1_____ für die Dauer des Scheidungsverfahrens mitsamt dem sich darin befindlichen Hausrat und Mobiliar zur alleinigen Benützung zuzuweisen. 1.2. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge sowohl für das vorsorgliche Massnahmenverfahren vor Vorinstanz (Proz. Nr. 135-2015-707) als auch für das Berufungsverfahren. 2. Eventualantrag

E. 9

E. 4.1.c). Wie bereits dargelegt, subsumiert das Bundesgericht den höheren zeitlichen Nutzungswert jedoch unter die sog. Affektionsinteressen, welche teil-

Seite 16 — 26 weise nicht unter dem Titel des Nutzens, sondern unter demjenigen der Zumutbarkeit geprüft werden. In der Tat erscheint eine vollständige Trennung dieser beiden Teilbereiche kaum praktikabel, können doch Umstände, welche einen Wohnungswechsel erschweren (wie etwa gesundheitliche Probleme oder eine unsichere Einkommenssituation), zugleich dazu führen, dass die Wohnung einem Ehegatten mehr nützt. Entsprechend hat denn auch das Bundesgericht betont, dass das Gericht im Streitfall über die Zuteilung von Wohnung und Hausrat nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in Abwägung der Interessen von Eltern und Kindern entscheidet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_766/2008 vom 4. Februar 2009 E. 3.3). Dies spricht tendenziell gegen die alleinige Berücksichtigung eines einzelnen Kriteriums, auch wenn damit auf den ersten Blick der Prüfungsgegenstand des grösseren Nutzens erfüllt sein mag. Vorliegend kann diese Frage aber offen bleiben, da die Interessenabwägung aus den nachfolgend aufzuzeigenden Gründen auch unter Einbezug der Kriterien für die Zumutbarkeit eines Auszuges zu Gunsten des Berufungsklägers ausfällt.

ca) Was die Zumutbarkeit eines Auszuges anbelangt, war für die Vorinstanz das unterschiedliche soziale Netzwerk der Ehegatten von entscheidender Bedeutung. Mit der Überlegung, dass es für den Ehemann offenbar kein Problem gewesen sei, kurzfristig bei seinen Verwandten eine Bleibe zu finden, und er nicht glaubhaft darlegen könne, weshalb es ihm nun unzumutbar sein sollte, vorübergehend wieder zu seiner Mutter oder seiner Patentante zu ziehen, sei es ihm viel eher zuzumuten, aus der ehelichen Wohnung auszuziehen als der Ehefrau, die über kein soziales Netzwerk verfüge, im November 2015 eine neue Arbeitsstelle antrete und aufgrund des hängigen Ausweisungsverfahrens die Schweiz in naher Zukunft allenfalls verlassen müsse. Diesbezüglich rügt der Berufungskläger, dass die Vorinstanz den Sachverhalt in Verletzung der beschränkten Untersuchungsmaxime unrichtig festgestellt habe. Tatsache sei nämlich, dass ihn sein Vater aus der gemeinsam mit der Mutter bewohnten Wohnung herausgeworfen habe, was bereits mit der im vorinstanzlichen Verfahren produzierten Urkunde kb

E. 12

belegt worden sei. Dies sei auch der Grund für den Einzug bei der Patentante gewesen, wo er aber nur während deren Ferienabwesenheit habe bleiben können. Im Anschluss an den Rauswurf sei es zwischen ihm und seinem Vater zu diversen Auseinandersetzungen gekommen, welche dazu geführt hätten, dass er gegen seinen Vater Strafanzeige wegen Körperverletzung und Drohung eingereicht habe. Ein erneuter Einzug bei seiner Mutter sei unter diesen Umständen weder möglich noch zumutbar. In diesem Sinne habe seine Mutter mit Schreiben vom 5. November 2015 denn auch bestätigt, dass sein Vater sowohl sie als auch den Beru-

Seite 17 — 26 fungskläger bedrohen und schlagen würde, wenn er wieder bei ihr einziehe. Den Vorwurf der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung stützt der Berufungskläger damit einerseits auf ein neues Beweismittel (act. B.4), andererseits macht er geltend, dass der Vorderrichter bereits aufgrund eines ihm vorgelegten Beweismittels (Akten der Vorinstanz, act. II./12) zu einem anderen Schluss hätte kommen müssen. cb) Im mit der Berufung eingelegten Schreiben vom 5. November 2015 (act. B.4) bestätigt die Mutter des Berufungsklägers, dass ihr Sohn Anzeige gegen seinen Vater wegen Körperverletzung

und Drohung eingereicht habe, der Vater den Sohn schon immer schlecht behandelt habe und es daher unmöglich sei, dass ihr Sohn wieder in ihre Wohnung einziehe, da der Vater sie und den Berufungskläger bedrohen und schlagen würde. Es ist offensichtlich, dass es sich dabei um ein zu Prozesszwecken erstelltes Schreiben handelt, das sich zu Umständen äussert, welche bereits zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides vorlagen. Abgesehen davon, dass einem derartigen Bestätigungsschreiben von vornherein nur ein sehr geringer Beweiswert zukommen kann, handelt es sich demnach um ein Beweismittel, welches bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte beigebracht werden können, weshalb es im Berufungsverfahren nicht mehr zugelassen werden kann (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Um ein blosses Bestätigungsschreiben handelt es sich auch bei dem als kB 12 eingereichten Schreiben von F. _____ vom 12. Oktober 2015. Darin wird zwar tatsächlich erwähnt, dass der Vater des Berufungsklägers diesen aus der Wohnung geschmissen habe, weil er nicht zurück zu seiner Ehefrau gewollt habe. Wie aus dem Verhandlungsprotokoll (Akten der Vorinstanz, act. I./3) hervorgeht, diene das fragliche Schreiben aber primär dem Nachweis des geltend gemachten Scheidungsgrundes (Eheschliessung zum Zwecke des Erhalts einer Aufenthaltsbewilligung), wofür F. _____ im Gesuch denn auch als Zeugin genannt worden war. Dass der Vorderrichter beim Entscheid über die Wohnungszuweisung nicht darauf abgestellt hat, ist daher auch unter Berücksichtigung der sozialen Untersuchungsmaxime nicht zu beanstanden. Diese entbindet die Parteien nämlich nicht davon, die massgeblichen Umstände in ihren Rechtsschriften und allfälligen ergänzenden mündlichen Vorträgen darzulegen. In seinem Gesuch hat der Berufungskläger die Tatsache, dass ihn sein Vater aus der Wohnung gewiesen habe und er deswegen vorübergehend zu seiner Patentante gezogen sei, aber gar nicht angeführt. Auch an der mündlichen Verhandlung hat er diesen Vorfall nicht zur Sprache gebracht. Erwähnt hat er lediglich, dass er gegen seinen Vater Ende September eine Strafanzeige wegen Tötlichkeiten habe einreichen müssen (Akten der Vorinstanz, act. I./3 S. 6). Auf die Bemerkung des Vorderrichters, dass dies bezüglich der Woh-

Seite 18 — 26 nung kein Argument sei, reagierte er nicht mehr. Von einer Verletzung der Untersuchungsmaxime kann unter diesen Umständen keine Rede sein. Anzumerken bleibt immerhin, dass die Berufungsbeklagte an der vorinstanzlichen Verhandlung auf die Frage, welche Bewandnis es mit der Tötlichkeit zwischen dem Berufungskläger und seinem Vater habe, bestätigt hat, dass ihr Schwiegervater wegen der Sache mit der Fremdenpolizei böse gewesen sei und ihren Ehemann habe zur Rede stellen wollen. Sie bejahte denn auch die Frage, dass ihr Schwiegervater sie in Schutz nehme (vgl. Akten der Vorinstanz, act. I./3 S. 10). Dass es zwischen dem Berufungskläger und dessen Vater im Zuge der Trennung zu einer tätlichen Auseinandersetzung kam, kann somit als zugestanden gelten. Die Feststellung des Vorderrichters, der Berufungskläger verfüge über ein intaktes soziales Umfeld, ist daher tatsächlich etwas zu absolut ausgefallen. Dies ändert indessen nichts daran, dass es der Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren versäumt hat, die Gründe für die Unzumutbarkeit eines erneuten Einzuges bei der Mutter, bei seiner Patentante oder bei anderen Verwandten bzw. Bekannten in nachvollziehbarer Weise darzulegen. Hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung erweist sich die Kritik des Berufungsklägers daher als unbehelflich. cc) In rechtlicher Hinsicht stellt sich allerdings die Frage, ob die Möglichkeit, vorübergehend bei Verwandten oder Freunden unterzukommen, für die Zumutbarkeit eines Auszuges entscheidend sein kann. Der Vorderrichter scheint dies mit der Überlegung bejaht zu haben, dass der Ehemann wieder in die eheliche Wohnung zurückkehren könnte, wenn die Ehefrau die Schweiz tatsächlich verlassen müsste. Im

Ergebnis hat er somit die Zumutbarkeit eines Auszuges lediglich unter dem eingeschränkten Aspekt beurteilt, welcher Ehegatte eher eine Übergangslösung finden kann, und hat die weiteren Umstände, die nach Lehre und Rechtsprechung für die Zumutbarkeit eines Auszuges respektive eines Wohnungswechsels an sich bedeutsam wären, gänzlich ausser Acht gelassen. Die gerichtliche Wohnungszuweisung ist indessen auf die gesamte Dauer der Trennung ausgerichtet, weshalb ein blosses Provisorium (vorübergehende Unterkunft bei Angehörigen) nicht genügen kann, um die bessere Zumutbarkeit eines Auszuges zu begründen. In der Lehre wird die Möglichkeit, vorübergehend bei Verwandten, Bekannten oder in seinem sonstigen Provisorium logieren zu können, denn auch nicht als Kriterium für die Wohnungszuweisung, sondern nur als ein für die Bemessung der Auszugsfrist zu berücksichtigender Umstand angeführt (vgl. Susanne Bachmann, a.a.O., S. 86). Dazu kommt, dass bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides über den weiteren Verbleib der Berufungsbeklagten in der Schweiz im Falle einer Ausschöpfung sämtlicher Rechtsmittel bis hin zum Bundesgericht noch mehrere

Seite 19 — 26 Monate, wenn nicht gar über ein Jahr vergehen können. Für einen derart langen Zeitraum kann aber zum vornherein ■ selbst bei einem intakten sozialen Umfeld ■ nicht erwartet werden, dass ein Ehegatte bei Verwandten oder Bekannten unterkommen kann. Müsste der Berufungskläger die eheliche Wohnung verlassen, wäre daher auch er gezwungen, eine kurzfristig kündbare Wohnung zu finden, wenn er nicht riskieren will, nach einer allfälligen Wegweisung der Berufungsbeklagten aus der Schweiz den Mietzins zweier Wohnungen bezahlen zu müssen. Die ungewisse Dauer des weiteren Verbleibs der Berufungsbeklagten in der Schweiz wirkt sich somit für beide Ehegatten gleichermassen nachteilig aus. Insofern kann auch das hängige Wegweisungsverfahren kein Kriterium für die Zuweisung der ehelichen Wohnung bilden. Die Zumutbarkeit eines Auszuges muss vielmehr auch vorliegend anhand der in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Kriterien beurteilt werden. Zugunsten des Berufungsklägers sprechen dabei dessen beeinträchtigter Gesundheitszustand und die bevorstehende Arbeitslosigkeit. So verbringt er einerseits mehr Zeit in der Wohnung als die voll erwerbstätige Berufungsbeklagte. Andererseits dürfte ihn ein Umzug aus gesundheitlichen Gründen stärker belasten und ist er als Stellenloser auch bei der Wohnungssuche benachteiligt. Die Berufungsbeklagte ihrerseits wird aufgrund der ausländischen Herkunft und des unsicheren Aufenthaltsstatus bei der Wohnungssuche zwar ebenfalls auf Schwierigkeiten stossen. Sie verfügt aber immerhin über eine feste Anstellung mit einem gesicherten Einkommen (Akten der Vorinstanz, act. III./2) und spricht ■ wie aus dem Protokoll der mündlichen Verhandlung (Akten der Vorinstanz, act. I./3 S. 7) hervorgeht ■ auch sehr gut Deutsch. Insgesamt fällt die Abwägung der beidseitigen Interessen daher eher zugunsten des Berufungsklägers aus. Aber selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass beide Parteien gleichwertige Argumente für einen Verbleib in der ehelichen Wohnung für sich beanspruchen könnten, wäre letztere dem Berufungskläger zuzuweisen, da in diesem Fall mit dem auf ihn lautenden Mietvertrag (Akten der Vorinstanz, act. II./8) dem rechtlich geordneten Nutzungsverhältnis das entscheidende Gewicht zukäme. d) Zusammenfassend spricht die vorgenommene Interessenabwägung vorliegend für eine Zuweisung der ehelichen Wohnung an den Berufungskläger. Demzufolge ist die Berufung gutzuheissen und die eheliche Wohnung an der _____ strasse, O.1 _____, mitsamt dem sich darin befindlichen Mobiliar und Inventar ■ unter Aufhebung der Ziffern 2 und 3 des angefochtenen Entscheides ■ für die Dauer des Scheidungsverfahrens dem Berufungskläger zur alleinigen Benützung zuzuweisen.

Seite 20 — 26 4. a) Als Folge der Zuweisung der Wohnung an den Berufungskläger ist der Berufungsbeklagten eine angemessene Frist zum Verlassen der ehelichen Wohnung anzusetzen. Bei der Bemessung der Auszugsfrist sind die Lage auf dem Wohnungsmarkt, die ortsüblichen Kündigungstermine, der Zustand der Partnerschaft und die Möglichkeit, bei Verwandten oder andernorts provisorisch unterzukommen, zu berücksichtigen. Konkret wird in Lehre und Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass regelmässig wenige Wochen bzw. höchstens drei Monate ausreichend (und damit angemessen) sein dürften. Gewöhnlich kann ein Wegzug auf das Ende des nächsten Monats erwartet werden. Je nach den konkreten Umständen, namentlich wenn die familiäre Situation sehr angespannt ist, ist aber auch eine sofortige Ausweisung denkbar und zulässig (vgl. ZR 2006 Nr. 9 E. 4.5 mit Hinweisen auf Susanne Bachmann, a.a.O., S. 86, Rolf Vetterli, in: FamKomm Bd. I., a.a.O., N. 17 zu Art. 176 ZGB, und Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser, in: Hausheer [Hrsg.], Berner Kommentar, Bd. II, Art. 159-180 ZGB, Bern 1999, N. 37 zu Art 176 ZGB). Der Richter hat in seiner Entscheidung den Auszugstermin so konkret festzulegen, dass er vollstreckt werden kann (vgl. Jann Six, a.a.O., N. 2.187). b) Der Berufungskläger stellt in seiner Berufung wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren keinen Antrag zur Auszugsfrist der Ehefrau. Die Vorinstanz setzte dem Berufungskläger eine relativ kurze Auszugsfrist von 17 Tagen (ab Datum der Zustellung [vgl. act. B.2]), ohne sich in den Erwägungen zu deren Angemessenheit zu äussern. Erklären lässt sich diese kurze Frist einzig mit der von der Vorinstanz angenommenen Wohnmöglichkeit des Berufungsklägers bei Verwandten. Diese entfällt auf Seiten der Berufungsbeklagten, weshalb ihr jedenfalls eine längere Frist einzuräumen ist. In seinem Eventualantrag für den Fall, dass die Wohnungszuteilung an die Ehefrau bestätigt werden sollte, beansprucht der Berufungskläger für sich selbst ■ unter Verweis auf seinen Gesundheitszustand und das gekündigte Arbeitsverhältnis ■ eine Auszugsfrist bis Ende Januar 2016. Er hält folglich eine Auszugsfrist von knapp drei Monaten (gerechnet ab dem Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheides) für angemessen, wobei er ausdrücklich darauf hinweist, dass vorliegend keine Vorwürfe bezüglich häuslicher Gewalt oder Drohung im Raum stünden und die Ehegatten seit seiner Rückkehr in die eheliche Wohnung ohne nennenswerte Zwischenfälle aneinander vorbeigekommen seien. Dies wurde von der Berufungsbeklagten nicht bestritten, wenngleich sie geltend machte, dass das Zusammenleben derzeit mehr als unangenehm sei. Nachdem somit die eheliche Situation aus Sicht des Berufungsklägers keinen kurzfristigen Auszug erfordert und auch auf Seiten der Berufungsbeklagten die Wohnungssu-

Seite 21 — 26 che erschwerende Umstände vorliegen, erscheint es angezeigt, sich bei der Auszugsfrist an den ortsüblichen Kündigungsterminen zu orientieren. Dementsprechend ist die Berufungsbeklagte zu verpflichten, die eheliche Wohnung unter Mitnahme ihrer persönlichen Effekten bis zum 31. März 2016 zu verlassen. 5. a) Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie gemäss Art. 318 Abs. 3 ZPO auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, wozu sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigungen zählen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). In familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). b) Der Berufungskläger hat mit der Berufung zwar auch die Aufhebung des Kostenentscheides (Ziffer 5 des Dispositives des

angefochtenen Entscheides) be- antragt, sich in der Berufungsbegründung aber nicht weiter zur Regelung der Pro- zesskosten geäußert. Er hat somit von einer selbständigen Anfechtung des Kos- tenpunktes abgesehen und verlangt dessen Änderung nur für den Fall, dass er mit seinen Begehren in der Hauptsache obsiegt. In diesem Fall hat das Berufungsge- richt über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens aber ohnehin neu zu entscheiden, weshalb der Berufungskläger seinen Antrag entgegen der Auffas- sung der Berufungsbeklagten auch nicht weiter zu begründen brauchte. Dieser ergibt sich vielmehr unmittelbar aus der gesetzlichen Regelung, wonach sich die Verteilung der Prozesskosten grundsätzlich nach dem Prozessausgang richtet. Zu berücksichtigen bleibt allerdings, dass im vorinstanzlichen Verfahren nicht bloss über die Wohnungszuweisung zu entscheiden war, sondern der Berufungskläger in seinem Gesuch auch Begehren betreffend Unterhaltsregelung und Auskunftspflicht gestellt hatte. Auf ersteres ist der Vorderrichter nicht eingetreten, während das zweite als gegenstandslos geworden abgeschrieben wurde (Dispositiv-Ziffer 1 und 4 des angefochtenen Entscheides). In diesen beiden Punkten blieb der erstin- stanzliche Entscheid unangefochten, was auch beim Kostenentscheid seinen Nie- derschlag finden muss. Dementsprechend ist das Nichteintreten auf das Unter- haltsbegehren als teilweises Unterliegen zu werten (Art. 106 Abs. 1 Satz 2 ZPO), wohingegen die Gegenstandslosigkeit des Auskunfts- bzw. Editionsbegehrens eine Verteilung der Prozesskosten nach Ermessen ermöglicht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Bereits mit Blick auf den Prozessausgang fällt eine vollständige Überbin- dung der Prozesskosten auf die Berufungsbeklagte daher ausser Betracht. Dazu

Seite 22 — 26 kommt, dass es sich vorliegend um ein familienrechtliches Verfahren handelt, in welchem gleich wie in einem Eheschutzverfahren erstmalig über die Folgen der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes zu entscheiden war. In einer derartigen Konstellation entspricht es bewährter Praxis, die Prozesskosten des erstinstanzli- chen Verfahrens unabhängig von dessen Ausgang den Parteien hälftig aufzuerle- gen respektive die Parteikosten wettzuschlagen. Damit wird dem Umstand Rech- nung getragen, dass dem betreffenden Verfahren ein eherechtlicher Konflikt zu- grunde liegt, für welchen in den meisten Fällen beide Ehegatten jedenfalls morali- sche Verantwortung tragen (vgl. Jann Six, a.a.O., Rz. 1.68). Vor diesem Hinter- grund rechtfertigt sich auch vorliegend eine je hälftige Tragung der vorinstanzli- chen Prozesskosten. c) Zu weit geht hingegen die Auffassung der Berufungsbeklagten, welche un- ter Hinweis auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO geltend macht, dass die Prozesskosten selbst im Falle einer Gutheissung der Berufung dem Ehemann auferlegt werden müssten. Soweit sie in diesem Zusammenhang vorbringt, dass über die Zuteilung der ehelichen Wohnung nur deshalb zu bestimmen gewesen sei, weil der Ehe- mann eine völlig unbegründete Scheidungsklage eingereicht habe, scheint sie zu verkennen, dass das Getrenntleben unabhängig von den Prozesschancen der Scheidungsklage geregelt werden muss, wenn ein Ehegatte ■ wie vorliegend der Ehemann ■ eine Weiterführung des gemeinsamen Haushaltes ablehnt. Ob der vom Berufungskläger geltend gemachte Scheidungsgrund gegeben ist oder nicht, wird erst im Hauptverfahren zu entscheiden sein und kann für die Verteilung der Kosten des Massnahmeverfahrens keine Rolle spielen. Als weiteres Argument für eine alleinige Kostenpflicht des Ehemannes führt die Berufungsbeklagte an, dass er der finanziell stärkere Teil sei, was in Ehesachen zu berücksichtigen ist. Richtig ist, dass die Leistungsfähigkeit der Parteien zu den Umständen gehört, welche bei einer ermessensweisen Verteilung der Prozesskosten in die Beurteilung einbezo- gen werden können. Vorliegend ist aber kein derartiges finanzielles Ungleichge- wicht ausgewiesen, dass sich eine vollumfängliche Auferlegung der Prozesskos- ten an den

Berufungskläger rechtfertigen würde. Dieser verfügt weder über nen- nenswertes Vermögen (vgl. dazu Akten der Vorinstanz, act. I./3 S. 13 sowie act. II./15) noch erzielt er ein wesentlich höheres Einkommen als die Berufungsbeklag- te. Letztere bezieht an ihrer neuen Stelle einen Bruttolohn von monatlich Fr. 3'400.00 zuzüglich 13. Monatslohn (vgl. Akten der Vorinstanz, act. III./2). Demge- genüber belief sich der Bruttolohn des Berufungsklägers an der per Ende 2015 gekündigten Stelle auf Fr. 3'945.00, wobei die Arbeitgeberin in den auf die Kündi- gung folgenden Monaten eine sukzessive Verrechnung der von Juli bis September

Seite 23 — 26 aufgelaufenen Minusstunden vornahm, so dass ihm im Oktober nur ein Betrag von Fr. 2'604.60 ausbezahlt wurde (vgl. Akten der Vorinstanz, act. II./17). Auch unter diesem Gesichtspunkt besteht daher kein Anlass, von einer je hälftigen Überbin- dung der erstinstanzlichen Prozesskosten abzuweichen. d) Mit Verfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichts Plessur vom 6. No- vember 2015 wurde Y._____ für das Verfahren betreffend Ehescheidung und vor- sorgliche Massnahmen die unentgeltliche Prozessführung mit Rechtsvertretung durch Rechtsanwalt lic. iur. et oec. Pius Fryberg gewährt (Prozedur-Nr. 135-2015- 731, act. 5). Damit gehen die Y._____ auferlegten Gerichtskosten von Fr. 400.00 zu Lasten des Kantons Graubünden (Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO). Dasselbe gilt für die Kosten ihrer Rechtsvertretung (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). Für die Festsetzung der Entschädigung von Rechtsanwalt Fryberg ist von der Parteientschädigung von Fr. 1'000.00 auszugehen, welche der Vorderrichter Y._____ zugesprochen hat, zumal diese unangefochten geblieben ist. Bei einem mittleren Stundenansatz von Fr. 240.00 entspricht die Parteientschädigung einem Zeitaufwand von ungefähr vier Stunden, was für das Verfassen der kurzen Stellungnahme und die Teilnahme an der Einigungsverhandlung, welche teilweise auch im Hauptverfahren wird in Rechnung gestellt werden können, zweifellos angemessen ist. Für die Entschädi- gung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes gilt gemäss Art. 5 Abs. 1 der Verord- nung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsan- wälte (Honorarverordnung, HV; BR 310.250) allerdings ein Stundenansatz von Fr. 200.00. Das der Parteientschädigung zugrundeliegende Honorar ist daher im ent- sprechenden Verhältnis zu kürzen, womit ein Entschädigungsanspruch von aufge- rundet Fr. 840.00 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) verbleibt. Die Ent- schädigung ist aus der Kasse des Bezirksgerichts zu bezahlen. Vorbehalten bleibt die Rückforderung durch den Kostenträger im Sinne von Art. 123 ZPO, wonach eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist. 6. a) Was die Prozesskosten des Berufungsverfahrens anbelangt, gelten ähnl- che Überlegungen. Zwar war vorliegend nur noch über das Begehren um Zuwei- sung der Wohnung zu entscheiden, womit der Berufungskläger vollumfänglich durchgedrungen ist. Zudem wird der Prozessausgang in einem Rechtsmittelver- fahren regelmässig stärker gewichtet als im erstinstanzlichen Verfahren. Für eine Kostenverteilung nach Ermessen spricht jedoch, dass es sich bei der Wohnungs- zuweisung seinerseits um einen Ermessensentscheid handelt, welchen das Ge- richt nach Abwägung der beidseitigen Interessen zugunsten eines Ehegatten zu fällen hat, auch wenn bei beiden Ehegatten Gründe für einen Verbleib in der Woh-

Seite 24 — 26 nung vorliegen. Ausserdem hat es der Berufungskläger ein Stück weit selber zu verantworten, dass der erstinstanzliche Entscheid noch zu seinen Ungunsten aus- gefallen ist, zumal er die für den Entscheid wesentlichen Umstände erst im Rechtsmittelverfahren aufgegriffen hat und namentlich seine gesundheitliche Be-

einträchtigung erst durch das mit der Berufung eingelegte Arztzeugnis manifest wurde. Soweit er der Vorinstanz eine unrichtige Sachverhaltsermittlung vorwerfen wollte, erwiesen sich seine Vorbringen sodann als unzulässig respektive nicht stichhaltig, weshalb es unbillig erschiene, wenn die Berufungsbeklagte für den diesbezüglichen Aufwand aufzukommen hätte. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, auch die Kosten des Berufungsverfahrens, die gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) auf Fr. 1'500.00 festgesetzt werden, je hälftig den Parteien aufzuerlegen und die aussergerichtlichen Kosten wettzuschlagen. b) Y._____ ist mit Verfügung der Vorsitzenden vom 17. Dezember 2015 (ZK1

E. 15

164) für das vorliegende Berufungsverfahren wiederum die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwalt lic. iur. et oec. Pius Fryberg zum Rechtsvertreter ernannt worden, weshalb die ihr auferlegten Gerichtskosten und die Kosten ihrer Rechtsvertretung nach Massgabe von Art. 122 ZPO zu Lasten des Kantons Graubünden gehen und aus der Gerichtskasse zu bezahlen sind. Vorbehalten bleibt die Rückforderung durch den Kostenträger im Sinne von Art. 123 ZPO. Der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten hat es unterlassen, eine Honorarnote einzureichen, obwohl er mit vorerwähnter Verfügung hierzu aufgefordert worden ist. Seine Entschädigung ist daher nach Ermessen festzusetzen. Dabei erscheint angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie des Umfangs der Berufungsantwort ein Aufwand in derselben Höhe wie im erstinstanzlichen Verfahren als angemessen, womit die für das Berufungsverfahren auszurichtende Entschädigung ebenfalls auf Fr. 840.00 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festgesetzt wird.

Seite 25 — 26 III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.