

ZH_OBERGERICHT LC150024 vom 24. November 2015

ZH Obergericht, 2015-11-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC150024

FR: ZH_OBERGERICHT LC150024 du 24 novembre 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LC150024 del 24 novembre 2015

Erwägungen

E. 1

Die Parteien haben am tt. Dezember 1995 in Zürich geheiratet. Aus der Ehe sind drei Kinder hervorgegangen, die heute mündige Tochter E._____, geboren am tt.mm.1994, C._____, geboren am tt.mm.1999 und D._____, geboren am tt.mm.2004. Am 17. November 2010 machten die Parteien beim zuständigen Bezirksgericht Winterthur ein gemeinsames Scheidungsbegehren anhängig. Seither stehen sie in einem sehr aufwändig geführten Scheidungsverfahren. Für die Prozessgeschichte des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 378 S. 8 - 15). Am 18. März 2011 schlossen die Parteien im vorsorglichen Massnahmeverfahren eine Teilvereinbarung betreffend das Getrenntleben, die Zuweisung der ehelichen Liegenschaft an den Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend Kläger), die Obhutszuteilung betreffend die beiden älteren Kinder E._____ und C._____ an den Kläger und die gemeinsame Obhut für die Tochter D._____, sowie die Verpflichtung der Parteien zum Beizug eines Familiencoachs (act. 59). Diese Regelung wurde mit Verfügung vom 30. September 2011 genehmigt, gleichzeitig wurde der Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und für das erstinstanzliche Verfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (act. 140). Ein entsprechendes Gesuch des Klägers wurde mit Verfügung vom 25. Januar 2012 ebenfalls bewilligt. Am 14. Dezember 2011 wurde die Einholung eines Gutachtens zur Frage der Sorgerechtszuteilung, der Besuchsrechtsregelung und allfälliger Kinderschutzmassnahmen verfügt (act. 162). Das Gutachten datiert vom 24. Juli 2012 (act. 188). Nach Eingang von Stellungnahmen der Parteien und der für die Kinder bestellten Prozessbeistände betreffend das Gutachten wurde D._____ angehört (act. 261). In der Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung vom 18. September 2013 wurden die Parteien (Prot. VI S. 109 - 142) und auch die Gutachterin (Prot. VI S. 142 - 174) ausführlich befragt; alsdann schlossen die Parteien in Abänderung der vorsorglichen Massnahmeregelung eine umfassende Vereinbarung (act. 271). Am 7. Dezember 2012

- 14 - hatten die Parteien bereits eine Teilkonvention betreffend das Güterrecht und die berufliche Vorsorge geschlossen. Weitere Eingaben betrafen die eheliche Liegenschaft, deren Benützung die Beklagte in einem Abänderungsverfahren für sich beanspruchte und für welche die Verwertung angeordnet aber nicht vollzogen wurde sowie immer auch wieder die strittig gebliebenen Unterhaltsbeiträge sowie weitere Begehren. Nach Erstattung von Replik und Duplik im Hauptverfahren im April und August 2014 und der Stellungnahmen dazu, erging am 17. April 2015 das erstinstanzliche Urteil (act. 378).

E. 2

Am 22. Mai 2015 erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung (act. 375 i.V.m. act. 370). Sie stellte die eingangs erwähnten Anträge. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen.

Mit Beschluss vom 10. Juni 2015 wurde das Begehren der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren abgewiesen und es wurde ihr Frist zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses angesetzt und die Prozessleitung delegiert (act. 380). Darauf legte der Vertreter der Beklagten das Mandat nieder und es legitimierte sich die heutige Vertreterin der Beklagten als neue Rechtsvertreterin (act. 386 und 387). Nach Eingang des Prozesskostenvorschusses wurde dem Kläger am 23. Juni 2015 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 384). In der Berufungsantwort vom 27. August 2015 stellte der Kläger die eingangs genannten Anträge und überdies verschiedene Anträge betreffend vorsorgliche Massnahmen, welche er superprovisorisch angeordnet haben wollte, sowie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 388 S. 3 - 5). Das letztere Gesuch ergänzte er mit Eingabe vom 2. September 2015 (act. 392 und 393). Mit Verfügung vom 28. August 2015 wurden die superprovisorischen Begehren des Klägers abgewiesen und der Beklagten Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 390). Diese erging am

E. 2.1

Die Vorinstanz erwog mit Bezug auf die Betreuungsregelung für D._____, dass die Parteianträge im wesentlichen der Vereinbarung vom 18. September 2013 entsprechen. D._____ selbst empfinde die Regelung gemäss dieser Vereinbarung lediglich bezüglich der etwa drei Stunden am Mittwochabend beim Kläger als in der Umsetzung etwas mühsam und beantrage deshalb eine Streichung dieses Abends, ohne aber eigentlich eine Änderung des Betreuungsumfanges (um

- 18 - diese etwa drei Stunden am Mittwochabend) durch die Eltern zu wollen (act. 378 S. 38 f. mit Hinweis auf act. 348 S. 2 f. und S. 5 f.). Die Vorinstanz entschied diesbezüglich, dass diese drei, zeitlich nicht genau abgesteckten Stunden unter Berücksichtigung der privaten Interessen von D._____ und ihrem jeweiligen Stundenplan – bei Bedarf unter Mitwirkung des Beistands – festzusetzen und zu entscheiden seien; dies primär nach den Interessen von D._____ und den Möglichkeiten der Eltern und subsidiär nach deren Wünschen (act. 378 S. 41).

E. 2.2

Die Beklagte rügt zunächst, die Vorinstanz habe in Überschreitung ihres Ermessens eine Anordnung getroffen, welche klar dem Kindeswillen und damit dem Kindeswohl zuwiderlaufe; dies, indem sie eine Besuchszeit von drei Stunden pro Woche an einem Wochentag festgelegt habe, welche D._____ gestrichen haben wollte. Da die Anordnung auch nicht begründet worden sei, habe die Vorinstanz auch ihre Begründungspflicht verletzt (act. 375 S. 7 - 9). Zur Begründung macht sie geltend, die Vorinstanz habe übersehen, dass die Kindesvertreterin von D._____ ausführlich dargelegt habe, dass D._____ in einem persönlichen Gespräch am 2. Dezember 2013 den Wunsch geäussert habe, die Zeit von 17.00 bis 20.00 Uhr zu streichen, da es für sie etwas mühsam sei. Die Kindesvertreterin habe dies in ihrer Stellungnahme vom 1. Dezember 2014 aufgenommen. Wenn die Vorinstanz nun festlege, dass D._____ anstelle der drei Stunden am Mittwoch an einem weiteren Mittag- oder Abendessen im Umfang von etwa drei Stunden pro Woche bei ihrem Vater verbringen solle, missachte das Gericht den klar geäusserten Willen von D._____, dass diese Zeit gestrichen werden solle.

E. 2.3

Der Kläger bestreitet die Einwendungen der Beklagten und weist darauf hin, dass sich aus der Stellungnahme der Kindesvertreterin von D._____ nicht ergebe, dass die von der Beklagten angestrebte Streichung der drei Mittwochbetreuungs- stunden klar D._____s Wille entspreche. Eine solche Meinungsäusserung könnte vielmehr auch Ausdruck eines verstärkten Loyalitätskonfliktes sein. Jedenfalls könne nicht davon ausgegangen werden, dass ein klarer objektiver Kindeswille vorliege, welchen die Vorinstanz missachtet hätte. Letzteres sei schon deshalb nicht der Fall, weil die Vorinstanz ja eine flexiblere Lösung für die drei Besuchs-

- 19 - stunden vorgesehen habe und in dieser Frage die Officialmaxime gelte (act. 388 S. 8 - 11).

E. 2.4

In ihrer Stellungnahme vom 1. Dezember 2014 hatte die Kindesvertreterin zunächst hervorgehoben, dass D._____ bei wichtigen Entscheiden in ihrem Le- ben keinen Elternteil ausschliessen und sie solche mit ihnen gemeinsam fällen möchte. Alsdann legte sie dar, dass die drei Stunden am Mittwochabend für D._____ organisatorisch ungünstig seien und sie ihr, der Kindesvertreterin, am 2. Dezember 2013 erklärt habe, dass sie sie streichen wolle. Nachdem Diskussio- nen über Alternativen keine Lösung gebracht hätten, habe D._____ ihr, der Kin- desvertreterin, den Auftrag erteilt zu beantragen, die drei Stunden ersatzlos zu streichen (act. 348 S. 5). Die Kindesvertreterin wies im Weiteren darauf hin, dass es mit zunehmendem Alter von D._____ Veränderungen geben werde, dies ins- besondere auch mit Blick auf die Oberstufe. Übereinstimmende Anträge entlaste- ten D._____. Sie komme gut zurecht, solange sie nicht mit Fragen konfrontiert werde, bei denen sie sich für den einen oder anderen geliebten Elternteil ent- scheiden müsse (act. 348 S. 6). In der Stellungnahme vom 5. Oktober 2015, in welcher die Kindesvertreterin von D._____ sich dem Antrag der Beklagten anschliesst, weist diese darauf hin, dass D._____ sie bereits vor erster Instanz gebeten habe, die für sie ungünstige Rege- lung, wonach sie am Mittwoch von 17.00 bis 20.00 Uhr vom Kläger betreut werde, zu ändern. Die Eltern hätten während der Dauer des Berufungsverfahrens ver- sucht, dem Anliegen von D._____ Folge zu leisten, es habe unzählige Varianten gegeben; es sei aber erneut kein Konsens möglich gewesen. Im Gegensatz zu früheren Diskussionen im Jahr 2014 sei D._____ aber bei der jüngsten Ausarbei- tung von verschiedenen Varianten nicht mehr bereit, sich auf die zahlreichen Vor- schläge des Klägers einzulassen, obwohl dieser sich sehr bemühe. Für D._____ bleibe einzig der Ersatz des Mittwochabends durch den Dienstag Mittag, was für den Kläger ungünstig und nicht möglich sei. Die von der Vorinstanz gewählte of- fene Formulierung sei somit für D._____ eine grosse Belastung. Der Wille von D._____ auf ersatzlose Streichung des Abendessens am Mittwoch sei im Dezem- ber 2014 klar geworden, nachdem die Bemühungen um Ersatzvarianten erfolglos geblieben seien. Dies ergebe sich aus der Stellungnahme, wobei die vom Kläger

- 20 - erwähnte Begründung für den Kindeswille, nämlich der bestehende Loyalitätskon- flikt, nicht ausgeschlossen werden könne. Die Entscheidung der Vorinstanz hätten die Parteien als Aufforderung verstanden, erneut Bemühungen um eine Ersatzlö- sung zu suchen, was aber nicht gelungen sei. Da die ungünstige Mittwochabend- Regelung aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Berufung als vorsorgliche Massnahme weiter gelte und mit einer noch langen Prozessdauer zu rechnen sei, sei die Streichung bereits für die Dauer des Verfahrens anzuordnen (act. 406).

E. 2.6

Der Kläger persönlich brachte in seiner Stellungnahme vom 25. Oktober 2015 zum Ausdruck, dass seitens der Kindesvertreterin von D. _____ nie eine wirklich zielgerichtete Suche nach einer Ersatzlösung für den Mittwochabend stattgefunden habe, der Ersatz ausschliesslich auf den Dienstag Mittag fokussiert worden sei, welche Lösung für ihn nicht möglich sei. Er stellte sodann fest, dass D. _____ sich in den Mittwochabendstunden genau so verhalte wie sonst, weshalb er sich frage, ob sie nicht insgeheim doch daran festhalten wolle. Er hielt an seiner Überzeugung fest, mit Hilfe des Beistandes jedenfalls einen adäquaten Ersatz zu finden (act. 410).

E. 2.7

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist eine Missachtung des Kindeswillens nicht einfach mit der Missachtung des Kindeswohls gleichzusetzen (vgl. dazu SCHREINER, in: FamKomm Scheidung, Band II, Anhang Psych N. 142 mit weiteren Hinweisen). Der Kinderwille bildet stets nur eines von mehreren Kriterien; dessen Berücksichtigung hängt vom Alter des Kindes und dessen Fähigkeit zu autonomer Willensbildung ab, welche nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ungefähr ab dem 12. Altersjahr anzunehmen ist (Urteil 5A_719/2013 E. 4.4 vom 17. Oktober 2014 mit weiteren Hinweisen). Vorliegend war D. _____ im Zeitpunkt, als sie ihre Kindesvertreterin nach deren Darstellung bat (Dezember 2014), die Streichung der drei fraglichen Besuchsstunden zu beantragen, rund 10 ³/₄ Jahre alt. Nach der insoweit unbestrittenen Darstellung der Kindesvertreterin entschloss sie sich dazu, nachdem sie während eines längeren Zeitraums – die Vereinbarung der Parteien über die Regelung des Besuchsrechts datiert vom 18. September 2013 – Erfahrungen mit der Regelung gemacht hatte. Das Abendessen beim Vater am Mittwochabend empfand sie da-

- 21 - bei aus organisatorischen Gründen als ungünstig, Diskussionen über Alternativen führten dann zu neuerlichen Differenzen zwischen den Parteien. Ob Letzteres den Ausschlag für den Streichungsantrag gegeben hat, kann letztlich offen bleiben. Fest steht, dass der Wille von D. _____, die drei Stunden zu streichen, aus einer längerdauernden Erfahrung gewachsen ist und insoweit von einer eigenen Willensbildung ausgegangen werden kann. Wie die Kindesvertreterin im Rahmen des Berufungsverfahrens glaubhaft schildert (act. 406), hat sich dieser Wille von D. _____ im Laufe des Berufungsverfahrens, in welchem die Parteien nach übereinstimmender Darstellung jedenfalls versuchten, die von der Vorinstanz angeordnete Lösung umzusetzen, noch weiter gefestigt, nachdem es unbestrittenermassen trotz verschiedenen Vorschlägen zu keiner einvernehmlichen Ersatzlösung kam. Es trifft indes nicht zu, dass die Vorinstanz diesen Willen einfach übergangen hat, wie die Beklagte geltend macht. Vielmehr hat die Vorinstanz aus dem Bemühen von D. _____ und den Parteien, die ungünstige Mittwochabend-Regelung durch eine andere zu ersetzen, jedenfalls vertretbar geschlossen, dass D. _____ nicht eine Reduktion der Besuche wollte, wie dies die Streichung der drei Stunden bedeuten würde. Aus diesem Grunde wurden die drei Stunden in einer flexibleren Fassung im Urteil aufgenommen. Auch die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht geht daher fehl. Die vorinstanzlich getroffene Regelung gewährleistet eine Betreuungsregelung im Umfang der von den Parteien getroffenen Vereinbarung vom 18. September 2013, welche grundsätzlich nicht in Frage gestellt ist. Nachdem sich die Lösung mit den drei Stunden am Mittwochabend als organisatorisch ungünstig erwiesen hatte, legte die Vorinstanz für die drei Stunden eine flexiblere Lösung fest, die allerdings der Absprache bedarf, was angesichts

der vorinstanzlich und gutachterlich festgestellten erschwerten Kommunikation unter den Eltern Konfliktpotential birgt. Wie das Berufungsverfahren nunmehr gezeigt hat, waren die Parteien zusammen mit der Kindesvertretung bisher nicht in der Lage eine einvernehmliche Ersatzlösung zu finden. Wie die Kindesvertreterin zutreffend festhält, wird die Regelung künftig aber ohnehin Änderungen unterworfen sein, sei es weil sich die

- 22 - Verhältnisse bei den Parteien ändern oder aber bei D._____, die voraussichtlich im nächsten Schuljahr in die Oberstufe wechseln wird, weshalb es heute fraglich erscheint, ob eine eventuell doch noch mögliche Ersatzlösung, welche den derzeitigen Verhältnissen der Parteien und von D._____ angepasst wäre, nicht innert kurzer Frist wieder geändert werden müsste, was nicht als sinnvoll erscheint. Das Betreuungsrecht des Klägers für D._____ wurde im angefochtenen Entscheid weit gefasst und es kann auch davon ausgegangen werden, dass D._____ dies so will. Neben den fixierten Betreuungszeiten hat die Vorinstanz sodann weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache vorbehalten, was von den Parteien nicht beanstandet wurde. Damit kann auch einer künftigen Entwicklung angemessen Rechnung getragen werden. Auch wenn – im Sinne von D._____s nunmehr klar zum Ausdruck gebrachten Willen – auf die Festlegung weiterer drei Stunden verzichtet wird, ist nicht zu befürchten, der Kläger werde durch die fehlende Fixierung in seinem Betreuungsrecht qualitativ eingeschränkt. Die Betreuungsregelung ist daher wie von der Beklagten beantragt anzupassen. Damit entfällt auch die Notwendigkeit, den Beistand mit besonderen Befugnissen für die drei Stunden auszustatten. Er ist allgemein zu beauftragen, die Umsetzung der Betreuungsregelung zu überwachen.

E. 2.8

Wie sich aus den Vorbringen der Parteien übereinstimmend ergibt, gaben die Mittwochabend-Besuche bereits seit längerer Zeit Anlass zu Diskussionen, weil sie sich als ungünstig erwiesen. Dass sich die Verhältnisse seit Abschluss der Vereinbarung über die Besuchsregelung vom 18. September 2013 (act. 271) erheblich und dauernd verändert hätten, wie dies die Abänderung der vorsorglichen Massnahmeregelung voraussetzt (vgl. u.a. LEUENBERGER, FamKomm Scheidung Band II, 2. Aufl., Anh. ZPO Art. 176 N 7 und 8), wurde nicht vorgebracht und ist auch nicht ersichtlich. Die Kindesvertreterin begründete ihren Antrag vom 5. Oktober 2015 mit der erneut zu erwartenden langen Prozessdauer (act. 406 S. 7). Mit dem heutigen Entscheid hat sich diese Befürchtung nicht realisiert und es kann auch nicht von einer für D._____ nicht zumutbaren Belastung ausgegangen werden. Der Antrag auf Abänderung der vorsorglichen Massnahmen ist daher abzuweisen. Gleiches muss für den von der Kindesvertreterin gestellten Eventualantrag gelten, es sei der Berufung der Beklagten gegen Disposi-

- 23 - tiv-Ziff. 6 des angefochtenen Urteils die aufschiebende Wirkung zu entziehen, der ohne besondere Begründung erfolgte und seiner Rechtsnatur nach eine vorsorgliche Massnahme sui generis darstellt (REETZ/HILBER, ZK ZPO, 2. Aufl., Art. 315 Rz 23 S. 2237).

E. 2.9

Soweit die Beklagte bei den im vorinstanzlichen Entscheid geregelten Wochenendbesuchen die Ergänzung "(verpflegt)" angebracht haben will (vgl. Anträge in der Berufungsschrift act. 375 S. 3), wurde dies im Berufungsverfahren nicht begründet. Es ist darauf nicht einzutreten, zumal auch von Amtes wegen kein diesbezüglicher

Regelungsbedarf besteht. 3. Kinderunterhaltsbeiträge 3.1 Die Beklagte wendet sich im Berufungsverfahren gegen die ihr von der Vorinstanz auferlegte Pflicht, dem Kläger sowohl für C._____ wie auch für D._____ einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen. Der Kläger sei in der Lage, mit seinem Einkommen seinen und den Bedarf von C._____ zu decken und bezüglich D._____ hätten die Parteien vereinbart, dass keine Unterhaltsbeiträge zu zahlen seien. Eine entsprechende Verpflichtung sei denn auch mit Verfügung der Vorinstanz vom 19. Juni 2014 gestrichen worden (act. 375 S. 17 ff. ; act. 331). Im Einzelnen rügt die Beklagte das von der Vorinstanz ohne Begründung angenommene Betreuungsverhältnis bei C._____ (80 % Kläger : 20 % Beklagte) und bei D._____ (40 % Kläger : 60 % Beklagte) als unzutreffend und inkonsequent angewandt (act. 375 S. 13 und 20). Mit Bezug auf die finanziellen Verhältnisse der Parteien macht sie geltend, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie ohne Beachtung ihrer Einwände und obwohl das Obergericht in seinem Entscheid vom 7. Mai 2012 (act.185) festgehalten habe, der Kläger könne nach einer Übergangszeit von 6 Monaten ein Einkommen von CHF 4'800.00 erzielen, einfach auf dessen Vorbringen in der Replik und anlässlich der Verhandlung vom 18. September 2013 abgestellt habe. Dem Kläger sei ohne Weiteres ein Arbeitspensum von 100% zuzumuten. Ausgehend vom Einkommen, welches ihm das Obergericht bei 50% angerechnet habe (CHF 4'800.00), müsste er daher in der Lage sein, ein Einkommen von CHF 9'600.00 zu generieren. Selbst bei einem 60%-Pensum müsste er aber ein Einkommen von mindestens CHF 5'560.00 pro Monat

- 24 - erzielen, womit er ohne Weiteres seinen eigenen und C._____s Bedarf zu decken vermöge. Beim Bedarf rechne die Vorinstanz dem Kläger sodann zu Unrecht neben dem ganzen Grundbetrag für C._____, CHF 240.00 vom Grundbetrag für D._____ an (act. 375 S. 9 -13). Bezüglich ihrer eigenen finanziellen Verhältnisse verweist sie auf ihre Vorbringen vor Vorinstanz – insbesondere mit Bezug auf den Verkauf der Ballettschule – und sie macht geltend, dass sich die Verhältnisse nicht geändert hätten und es respektabel sei, wenn sie mit ihrem 50%-Pensum ein Einkommen von monatlich CHF 4'000.00 erziele (act. 375 S. 13 - 16). 3.2 Der Kläger geht im Berufungsverfahren davon aus, dass er gemäss der ihm allein zugewiesenen Obhut über C._____ seinen Unterhaltsbeitrag primär durch Pflege und Erziehung zu erbringen habe, weshalb es auf seine Einkommensverhältnisse nicht ankomme, solange die Beklagte zur Leistung eines angemessenen Unterhaltsbeitrages fähig sei. Selbst wenn die Vorinstanz aber in rechtsungleicher Weise völlig andere Massstäbe angesetzt hätte, was bestritten sei, würde dies nicht ausreichen, um die von der Vorinstanz zugesprochenen Unterhaltsbeiträge der Beklagten für den Sohn C._____ aufzuheben oder zu reduzieren. Er macht geltend, der Eventualantrag der Beklagten sei nicht genügend substantiiert und die Berechnungsmethode der Vorinstanz nicht konkret gerügt (act. 388 S. 12 - 16), die Beklagte halte dem ihr von der Vorinstanz angerechneten Einkommen sodann keine überzeugenden Einwendungen entgegen und beanstande auch den ihr angerechneten Bedarf nicht; ihre Leistungsfähigkeit zur Zahlung der vorinstanzlich festgelegten Unterhaltsbeiträge sei deshalb gegeben (act. 388 S. 16 - 19). Die Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbegründung zu seinen eigenen finanziellen Verhältnissen weist der Kläger unter Hinweis auf die Entwicklung seines tatsächlichen Einkommens im Jahre 2015 zurück. Er macht geltend, dass er heute Erwerbsarbeit im Umfang von ca. 85 bis 90% leiste und damit kein Raum bleibe für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens. Gestützt auf die neuen Beilagen errechnet er ein anrechenbares Einkommen von monatlich CHF 4'943.30 bei 85 - 90% Erwerbstätigkeit, dies bei einem persönlichen Bedarf von CHF 3'775.00. Er selbst geht damit von einem Überschuss von monatlich CHF 1'168.30 aus (act.

388 S. 19 - 23). Was die Unterhaltsregelung für D._____ betrifft, geht der Kläger davon aus, dass die Beklagte wegen der massgeblichen Of-

- 25 - fzialmaxime in Kinderbelangen trotz gegenteiliger Anträge der Parteien nicht ernsthaft habe überrascht sein können, dass sie zu Unterhaltszahlungen verpflichtet worden sei. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liege jedenfalls nicht vor. 3.3 Die Vorinstanz hat die Rechtsgrundlagen und die Grundsätze für die Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge im allgemeinen dargelegt (act. 378 S. 41 ff.). Es kann darauf verwiesen werden. Gemäss Art. 276 Abs. 1 ZGB haben die Eltern für den Unterhalt ihres Kindes aufzukommen. Der Kinderunterhaltsbeitrag soll gemäss Art. 285 Abs. 1 ZGB den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen; ausserdem sind das Vermögen und die Einkünfte des Kindes sowie der Beitrag des nicht obhutsberechtigten Elternteils an der Betreuung des Kindes zu berücksichtigen. Als Folge des Vorrangs der elterlichen Unterhaltspflicht ist in erster Linie von den Bedürfnissen des Kindes auszugehen, worauf sich die Eltern in ihrer Lebensgestaltung einzustellen haben. Bei der Leistungsfähigkeit der Eltern darf dabei durchaus von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, sofern ein höherer Verdienst möglich und zumutbar ist. Dem Beitragsschuldner ist aber jedenfalls sein Existenzbedarf zu belassen (BREITSCHMID, BSK ZGB I, 5. Aufl., Art. 285 N 3 und

E. 7

September 2015 (act. 394 und 395). Mit Beschluss der Kammer vom 11. September 2015 wurde die Teilrechtskraft des erstinstanzlichen Urteils bezüglich Dispositiv Ziff. 1, 2-4, 5, 8, 9, 13, 14, 15 und 16 und 18 vorgemerkt und es wurde das Grundbuchamt H._____ angewiesen, anzumerken, dass sämtliche Verfügungen betreffend die Liegenschaft ... [Adresse 1] nur mit Zustimmung des Klägers möglich seien. Im Übrigen wurden

- 15 - die Anträge betreffend vorsorgliche Massnahmen abgewiesen, ebenso das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Schliesslich wurde den Kindesvertreterinnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Berufungsschriften der Parteien angesetzt (act. 397). Die Versteigerung der vom Kläger bewohnten, der Beklagten gehörenden Liegenschaft war auf den 24. September 2015 vorgesehen und im Amtsblatt publiziert worden (act. 389/6). Die Stellungnahmen der Kindesvertreterinnen ergingen am 5. und 12. Oktober 2015 (act. 406 und 407). Dabei stellte die Rechtsvertreterin von D._____ einen Antrag auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen (act. 406 S. 2). Die Eingaben wurden den Parteien mit Verfügung vom 13. Oktober 2015 zur Stellungnahme zugestellt (act. 408). Innert Frist nahm der Kläger persönlich dazu Stellung (act. 410), die Beklagte liess sich nicht vernehmen. Ein Doppel der Eingabe des Klägers wurde den Kindesvertreterinnen sowie zusammen mit der Berufungsantwort der Beklagten zugestellt. Das Verfahren ist spruchreif. II. 1. Mit vorerwähntem Beschluss vom 11. September 2015 wurde die Teilrechtskraft des erstinstanzlichen Urteils vorgemerkt. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden einzig die Besuchsregelung des Klägers für D._____ (Dispositiv Ziff. 6 des angefochtenen Urteils), die Unterhaltszahlungspflicht der Beklagten für den Unterhalt und die Erziehung der Kinder C._____ und D._____ (Dispositiv Ziff. 10 und 11 des angefochtenen Urteils) und schliesslich neben den Kosten- und Entschädigungsfolgen das Wohn- und Benützungrecht des Klägers an der Liegenschaft ... [Adresse 1] (Dispositiv Ziff. 17 des angefochtenen Entscheides). Dispositiv Ziff. 7 und 12 gelten dabei als mitangefochten (vgl. Beschluss vom 11. September 2015). Der Kläger beantragt in seinem Hauptantrag die Abweisung der Berufungsanträge, in den

Eventualanträgen die Gutheissung einzelner Eventualanträge der Beklagten. Sodann weichen seine Anträge mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen von

- 16 - denjenigen der Beklagten ab (act. 388 S. 3). Die Anträge des Klägers in der Berufungsantwort beziehen sich allesamt auf Anträge, welche die Beklagte in der Berufungsbegründung gestellt hat; sie dehnen den Gegenstand der Berufung nicht aus. Auch mit Bezug auf die Anträge 2 und 3 der Berufungsantwort liegt damit keine Anschlussberufung vor, wie dies der Kläger annimmt (act. 388 S. 6), da der Kläger sich inhaltlich auf die Vorbringen der Beklagten bezieht und ihnen seine Darstellung gegenüberstellt. Auf die Vorbringen der Parteien ist nachstehend so weit für die Entscheidungsfindung relevant im Einzelnen einzugehen.

E. 11

ff.). 3.4 Entsprechend diesen Grundsätzen hat die Vorinstanz zunächst den Bedarf von C._____ und D._____ unter Heranziehung der Empfehlungen des Amtes für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich und unter Berücksichtigung einerseits der Zulagen und andererseits des Lehrlingslohns von C._____ ermittelt (act. 378 S. 43 - 46 und S. 59). Dieser wird von den Parteien im Berufungsverfahren nicht beanstandet. Es kann auch im Berufungsverfahren davon ausgegangen werden. Es ergibt sich zusammengefasst der folgende, von den Parteien zu bestreitende Unterhaltsbedarf ab August 2015: Monat Unterhaltsbedarf Unterhaltsbedarf C._____ D._____ 08.2015 - 02.2016 CHF 794.00 CHF 995.00

- 26 - 03.2016 - 07.2016 CHF 794.00 CHF 1'245.00 08.2016 - 01.2017 CHF 508.00 CHF 1'245.00 3.5. Mit Bezug auf die finanziellen Verhältnisse der Parteien, welche für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Eltern wesentlich sind, kam die Vorinstanz zum Schluss, dass der Kläger knapp seinen eigenen Bedarf zu decken vermöge, der Beklagten dagegen ein Überschuss verbleibe, der zur Deckung des Kindesbedarfs von C._____ und D._____ zu verwenden sei (act. 378 S. 47 - 58). Dabei kommt es – wie zu zeigen sein wird – auch auf die Einkommensverhältnisse beim Kläger an. 3.5.1 Die Vorinstanz stellte für das Einkommen des Klägers auf dessen Angaben in der Replik vom 7. April 2014 ab, wo dieser ausführlich seine Einkommensverhältnisse für den Zeitraum 2011 - 2013 geschildert und erklärt hatte, dass er bei einem Arbeitspensum von rund 65% einen monatlichen Nettolohn von rund CHF 3'042.00 erziele (act. 315 S. 17 - 23). Ausserdem hielt er dafür, dass es ihm bis mindestens zur Vollendung des 16. Altersjahres von C._____ nicht zumutbar sei, einer 100%-Erwerbstätigkeit nachzugehen (act. 315 S. 17). Anlässlich der Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung vom 18. September 2013 erklärte der Kläger, dass er sein Arbeitspensum auf etwa 60 - 65% schätze, er zu 25% bei der ... AG angestellt sei, wo bei einem 100%-Pensum CHF 7'500.00 erzielbar seien, und dass er aus seiner selbständigen Erwerbstätigkeit rund CHF 20'000.00 erziele (Prot. VI S. 114/115). Die Beklagte hatte in der vorinstanzlichen Duplik vom 28. August 2014 die klägerischen Angaben bezüglich seines Einkommens und seines Arbeitspensums als unglaubwürdig bezeichnet und darauf hingewiesen, dass bereits im obergerichtlichen Entscheid vom 7. Mai 2012 festgehalten worden sei, er könne nach einer Übergangsfrist bei einem Arbeitspensum von 50% ein monatliches Einkommen von CHF 4'800.00 erzielen. Sie verwies auf die Angaben des Klägers selbst und erachtete es als zumutbar, dass der Kläger sein Arbeitspensum auf 100% aufstocke und so CHF 9'600.00 monatlich, mindestens aber CHF 7'500.00 verdienen könne (act. 336 S. 8/9). Auf diese Einwände ging die Vo-

- 27 - rinstanz im angefochtenen Entscheid nicht ein, wie die Beklagte zu Recht geltend macht. Heute will der Kläger im Umfang von 85% bis 90% erwerbstätig sein und ein Einkommen von monatlich CHF 4'943.30 erzielen. Gestützt auf seine im Berufungsverfahren eingereichten Unterlagen, welche im vorliegenden Verfahren gestützt auf die herrschende Offizialmaxime ohne weiteres berücksichtigt werden können, ist von einem tatsächlich erzielten Einkommen von rund CHF 5'580.00 auszugehen (vgl. auch Beschluss der Kammer vom 11. September 2015 betreffend unentgeltliche Rechtspflege, act. 397 S. 6/7: Gesamteinkommen inkl. Kinderzulagen

E. 13

Monatslohn: CHF 5'844.20 zuzüglich Vermögensertrag von CHF 86.75, abzüglich Kinderzulagen für C._____ von CHF 350.00). C._____ ist heute fast 17-jährig, D._____ ist gut 11 ½-jährig, besucht die letzte Primarklasse und wird gemäss der anzuordnenden Betreuungsregelung vom Kläger an zwei Wochenenden im Monat, jeweils am Dienstag ab Schulschluss mit Übernachtung bis am Mittwoch Morgen sowie am Freitag zum Mittagessen sowie in der Hälfte der Schulferien betreut. Ob diese Betreuungspflichten eine 100%-ige Erwerbstätigkeit als zumutbar erscheinen lassen, kann letztlich offen bleiben. Immerhin ist festzuhalten, dass der Kläger selbst dies als nicht mehr als unzumutbar betrachtete ab dem Zeitpunkt, in welchem C._____ das 16. Altersjahr erreicht hat (act. 315 S. 17). Mit Bezug auf die Höhe des erzielbaren Einkommens bei einem 100%-Pensum wäre festzuhalten, dass der Kläger selbst anlässlich der Verhandlung vom 18. September 2013 erklärte, es seien bei der ... AG bei einem 100%-Pensum CHF 7'500.00 erzielbar, in der Replik rechnete er – ausgehend vom tatsächlichen Verdienst – mit einem Nettolohn von CHF 4'680.00 bei 100%. Würde das im Beschluss der Kammer angenommene Einkommen auf 100% aufgerechnet, wäre von einem anrechenbaren Verdienst von CHF 9'600.00 monatlich auszugehen. Im Beschluss der Kammer vom 7. Mai 2012 liess man es dem Kläger anheimgestellt (act. 185 S. 13/14), in welchem Ausmass er die selbständige bzw. die unselbständige Tätigkeit erweitert. Heute ist er nach eigener Darstellung 85 - 90% erwerbstätig, das von ihm tatsächlich erzielte Einkommen von rund Fr. 5'580.00 ist ihm anzurechnen.

- 28 - 3.5.2 Zum Einkommen der Beklagten hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ausführlich auf die Parteivorbringen und insbesondere auch auf die Erwägungen der Kammer im Beschluss vom 7. Mai 2012 (act. 185) Bezug genommen (act. 378 S. 49 - 55). Sie erwog, dass gestützt auf die eingereichten Rechnungen und Bilanzen die Beklagte in der Vergangenheit ein monatliches Durchschnittseinkommen von CHF 6'000.00 netto erzielt habe; dies bei einer Erwerbstätigkeit von 50%. Eine Ausdehnung der Erwerbstätigkeit sei mit Rücksicht auf die Betreuungspflichten nicht zumutbar, doch sei die Beklagte verpflichtet, mindestens in diesem bisherigen Umfang für die Familie aufzukommen und ein Nettoeinkommen in diesem Bereich zu erzielen. Dass sie dazu angehalten ist, wisse die Beklagte seit dem Massnahmeentscheid vom 7. Mai 2012 (act. 378 S. 55 - 57). Die Beklagte rügt im Berufungsverfahren die vorinstanzliche Auffassung, sie sei nach wie vor zumindest wirtschaftlich an der I._____ GmbH berechtigt. Sie schildert wie schon vor Vorinstanz die Entwicklung der diesbezüglichen Verhältnisse und verweist auf die aktuellen Verhältnisse unter Beilage mitunter auch einer Lohnzahlungsübersicht für die Monate Januar bis April 2015 (act. 377/4 und ff.). Sie macht sodann geltend, es hätten sich die Verhältnisse seit Erlass der Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Juni 2014 nicht verändert, weshalb eventualiter ihre

Unterhaltspflicht gegenüber C._____ nicht über die Beträge festzusetzen seien, welche damals festgesetzt worden seien (act. 375 S. 13 - 16). Mit ihren Vorbringen rügt die Beklagte zwar gewisse Annahmen in der vorinstanzlichen Entscheidung, sie wendet sich indes nicht konkret dagegen, dass ihr dort ein nach-eheliches Nettoeinkommen von CHF 5'600.00 angerechnet wurde (act. 378 S. 57) und sie macht insbesondere keinen davon abweichenden Betrag geltend, der als ihr anrechenbares Einkommen zu gelten habe. Mit den ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz setzt sie sich sodann nicht auseinander. Sie genügt damit ihrer Begründungspflicht insoweit nicht. Da sie aus ihren Rügen auch nichts Konkretes für sich bzw. für die Unterhaltsberechnung ableitet, hat es bei der vorinstanzlichen Annahme zu bleiben. 3.5.3 Hinsichtlich des Bedarfs der Parteien rügt die Beklagte, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, ihre Wohnkosten in der Höhe von CHF 2'440.00

- 29 - seien nicht belegt worden. Sie verweist auf den im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens am 3. Mai 2011 eingereichten Mietvertrag (act. 87/17) und macht geltend, der Mietzins sei per Juli 2014 auf CHF 2'315.00 reduziert (act. 375 S. 21 und act. 377/9). Sodann beanstandet sie, dass die Krankenkassenkosten für D._____ im Bedarf des Klägers eingerechnet wurden, obwohl sie seit Oktober 2013 von ihr bezahlt würden (act. 375 S. 22 und act. 377/10 und 11). Der Kläger hat sich zu diesen Bedarfspositionen in der Berufungsantwort nicht geäußert. Die Vorinstanz bezog sich im angefochtenen Entscheid bei der Bedarfsrechnung auf die Bedarfswerte im Massnahmeverfahren und hielt hinsichtlich der Wohnkosten der Beklagten in der einen Rechnung fest, dass ihr bei den gegebenen Einkommensverhältnissen lediglich Wohnkosten in der Höhe von CHF 1'400.00 angerechnet werden können (act. 378 S. 58), in der Alternativberechnung bezog sie sich auch auf die Massnahmeentscheide (act. 140 und act. 185), wobei sie der Beklagten Wohnkosten in der Höhe von CHF 1'850.00 zugestand, mit der Bemerkung, die im Verfahren angeführten höheren Wohnkosten von CHF 2'400.00 seien nach wie vor nicht belegt (act. 378 S. 62). Aus dem Massnahmenbeschluss der Vorinstanz vom 30. September 2011 ergibt sich somit, dass die Beklagte Mietkosten von CHF 2'519.00 behauptet und auch belegt hatte, der Kläger hingegen Kosten in der Höhe CHF 1'850.00 als angemessen erachtete, welcher Auffassung sich die damalige Einzelrichterin anschloss (act. 140 S. 18/19). Im Berufungsentscheid vom 7. Mai 2012 hielt die Kammer fest, die unsubstanzierte Behauptung der Beklagten, eine Senkung ihrer Wohnkosten sei nicht möglich, sei nicht belegt und nicht zu hören (act. 185 S. 14). Es ergibt sich, dass der von der Beklagten im vorliegenden Berufungsverfahren erhobene Einwand begründet ist. Die Wohnkosten in der Höhe von CHF 2'315.00 sind ausgewiesen und der Kläger wendet nichts dagegen ein, weshalb sie so zu berücksichtigen sind. Gleiches würde für die Krankenkassenkosten von D._____ in der Höhe von CHF 25.40 pro Monat gelten, die allerdings nicht zum persönlichen Bedarf der Beklagten gehören. Im Beschluss der Kammer betreffend unentgeltliche Rechtspflege wurde für die Beklagte und D._____ zusammen ein Bedarf in der Höhe von CHF 5'238.25 (CHF 5'905.25 abzüglich Unterhaltsbeitrag für C._____ CHF 667.00) als glaubhaft betrachtet. Werden die für D._____ eingesetzten Kosten in Abzug ge-

- 30 - bracht (Grundbetrag CHF 600.00, Krankenkassenkosten CHF 114.45) resultiert ein Bedarf der Beklagten in der Höhe von CHF 4'523.80. Der Bedarf des Klägers (act. 378 S. 57/58) beträgt unter Berücksichtigung der tatsächlichen Wohnkosten von CHF 1'864.00 CHF 4'088.00. 3.5.4 Zusammenfassend ist damit von folgenden Einkommens- und

Bedarfszahlen der Parteien auszugehen: Einkommen Bedarf Kläger CHF 5'580.00 CHF 4'088.00 Beklagte CHF 5'600.00 CHF 4'523.80 Es resultiert ein Überschuss beim Kläger von CHF 1'492.00, bei der Beklagten ein solcher von CHF 1'076.20. 3.6 Vom noch zu deckenden Kinderbedarf auferlegte die Vorinstanz der Beklagten für C._____ 80% und für D._____ 40% und sie verpflichtete sie zur entsprechenden Zahlung. Die Anteile entsprechen dem Betreuungsanteil, welchen die Vorinstanz bei der Kinderbetreuung dem Kläger zuwies. 3.6.1 Die Beklagte rügt, das von der Vorinstanz angenommene Betreuungsverhältnis der Parteien bezüglich beider Kinder sei nicht begründet; mit Bezug auf D._____ macht sie zudem geltend, die von den Parteien vereinbarte Regelung entspreche lediglich einem erweiterten Besuchsrecht (act. 375 S. 13 und 20). Der Kläger wendet ein, die Beklagte rüge bezüglich des Betreuungsverhältnisses für C._____ einzig die fehlende Begründung, nicht aber das Betreuungsverhältnis 80:20 an sich (act. 388 S. 14). 3.6.2 Im vorinstanzlichen Erkenntnis wurde die Obhut für den Sohn C._____ allein dem Kläger zugeteilt, die Obhut für die Tochter D._____ wurde beiden Parteien mit wechselnder Betreuung übertragen. Alsdann wurde der Betreuungsanteil der Beklagten für C._____ und derjenige des Klägers für D._____ festgelegt, wobei nur mit Bezug auf D._____ ein Betreuungsanteil von "etwa 40% durch den Kläger und etwa 60% durch die Beklagte" Eingang ins Dispositiv fand (act. 378

- 31 - Dispositiv Ziff. 3 - 6). Bei C._____ ist in den Erwägungen des angefochtenen Entscheides von einem Betreuungsanteil von etwa 80% die Rede (act. 378 S. 59). Es trifft zu, dass die Beklagte die von der Vorinstanz vorgenommene Quantifizierung des Betreuungsverhältnisses für C._____ nicht in Frage stellt. Dem kommt indes keine Bedeutung zu. Zu berücksichtigen ist ein Betreuungsbeitrag bei der Berechnung des Unterhaltsbeitrages gemäss Art. 285 Abs. 1 ZGB nach einer Scheidung nämlich nur dann, wenn er über die Ausübung eines gewöhnlichen Besuchsrechts hinausgeht. Notwendig ist, dass der Unterhaltsaufwand des andern Elternteils durch die Betreuung merklich verringert wird und eine gewisse Entlastung erfolgt (WULLSCHLEGER, FamKomm Scheidung, Band I, 2. Aufl., Art. 285 N 46 und 47). Dies kann bei der Betreuungsregelung für C._____ nicht angenommen werden. Naturgemäss steht überdies bei einem fast 17-Jährigen die effektive Betreuungszeit nicht mehr im Vordergrund, indes bleiben die Kosten, an denen sich die beiden Elternteile nach Massgabe ihrer Leistungsfähigkeit zu beteiligen haben. Ist von einer entsprechenden Leistungsfähigkeit der Beklagten auszugehen, dann hat sie sich an den Unterhaltskosten zu beteiligen, unabhängig davon, ob der Kläger diese Kosten auch selber tragen könnte. 3.6.3 Mit Bezug auf D._____ kritisiert die Beklagte das vorinstanzlich angenommene Betreuungsverhältnis demgegenüber zu Recht. Die Betreuungszeit des Klägers geht über ein gewöhnliches Besuchsrecht hinaus; dies sowohl gemäss angefochtenem Entscheid, aber auch ohne die drei Mittwochabend-Stunden. Auch unter Berücksichtigung der hälftigen Teilung der Schulferien (13 Wochen pro Jahr, hälftiger Anteil, restliche Zeit rund 25% Anteil) liegt der Anteil der Betreuungszeit des Klägers aber bei etwas mehr als 30%. Vom Anteil für D._____ hätte der Kläger mithin rund 70% zu tragen, die Beklagte 30%. Bei dieser Verteilung der Betreuungszeit rechtfertigt es sich nicht, die Beklagte zur Zahlung eines Unterhaltsbeitrages für D._____ zu verpflichten. Zu prüfen wäre im Gegenteil eine Beteiligung des Klägers an den Unterhaltskosten für D._____. Dies verlangt indes die Beklagte nicht und auch die Offizialmaxime gebietet dies nicht. Wie in der vorinstanzlichen Verfügung vom 19. Juni 2014 zutreffend dargelegt wurde (act. 339 S. 12 E. 5.3), leistet jeder Elternteil einen Beitrag an den Unterhalt von D._____ in

- 32 - Form von Natural- und Geldleistungen während seiner Betreuungszeit, womit der Unterhaltsbedarf von D. _____ gedeckt und das Kindeswohl gewahrt ist. An der Betreuungsregelung hat sich seither nichts geändert. Der ihr verbleibende Anteil von 70% des errechneten Unterhaltsbedarfs von D. _____ gemäss Ziff. 3.4 hievon, CHF 696.50 (= 70% von CHF 995.00) bzw. CHF 871.50 ab März 2016 (= 70% von CHF 1'245.00) vermag die Beklagte mit dem ihr anrechenbaren Einkommen zu decken; es verbleibt ein Überschuss von rund CHF 380.00 bzw. ab März 2016 rund CHF 200.00. Der Verzicht auf die Festsetzung eines Unterhaltsbeitrages erweist sich auch heute als gerechtfertigt. Die im angefochtenen Entscheid wieder aufgenommene Verpflichtung ist daher aufzuheben und es braucht auf den von der Beklagten in diesem Zusammenhang erhobenen Einwand der Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht näher eingegangen zu werden. Beim Kläger verbleibt der von ihm zu deckende Anteil des Unterhaltsbedarfs für D. _____ von 30%, mithin CHF 298.50 bzw. CHF 373.50 ab März 2016. Käme der Anteil für C. _____ (CHF 794.00 bis Juli 2016 und CHF 508.00 ab August 2016) vollumfänglich dazu ergäben sich zusätzlich total zu berücksichtigende monatliche Kosten von CHF 1'092.50 bis Ende Februar 2016, CHF 1'167.50 von März bis Juli 2016 und alsdann CHF 881.50 ab August 2016. Sein Überschuss reduzierte sich auf rund CHF 400.00 bis Ende Februar 2016, CHF 325.00 von März bis Juli 2016 und rund CHF 610.00 ab August 2016. Bleibt es dabei, so ergibt sich, dass der Freibetrag, welcher derzeit den Parteien zur Verfügung stünde, in etwa gleich bei knapp CHF 400.00 läge und sich ab März 2016 reduzierte, bei der Beklagten längerfristig auf rund CHF 200.00, beim Kläger vorübergehend auf CHF 325.00, wobei er sich ab August 2016 auf CHF 510.00 erhöhte. Bei dieser geringfügigen Überschreitung des Bedarfs rechtfertigt es sich auf die Festsetzung eines Unterhaltsbeitrages der Beklagten an den Kläger für C. _____ zu verzichten. Die Berufung erweist sich auch in diesem Punkt als begründet und es ist die entsprechende Verpflichtung gemäss vorinstanzlichem Urteil aufzuheben.

4. Wohnrecht für die Liegenschaft der Beklagten

4.1 Die Vorinstanz räumte dem Kläger im angefochtenen Entscheid ein längstens bis 31. August 2018 befristetes, nicht übertragbares Wohn- und Benützung-

- 33 - recht i.S. von Art. 121 Abs. 3 und Art. 776 ff. ZGB an der im Eigentum der Beklagten stehenden früheren ehelichen Liegenschaft an der ... [Adresse 1] ein (act. 378 S. 78 Dispositiv Ziff. 17). Sie erwog, dass die eheliche Liegenschaft für C. _____ wichtig sei und dies mindestens für den Zeitpunkt der Gutachtenserstellung (Juli 2012) auch für D. _____ so gewesen sei. Daneben sei der Kläger zur Aufrechterhaltung seiner Leistungsfähigkeit als selbständiger Handwerker auf eine Werkstatt angewiesen - auch wenn dies nicht zwingend in der Wohnliegenschaft sein und er sich über kurz oder lang anders organisieren müsse. Die eheliche Liegenschaft sei auch unter Berücksichtigung der Betreuungspflichten des Klägers den nach-ehelichen Verhältnissen angemessen, die finanzielle Belastung sodann nicht unverhältnismässig und auch für die Beklagte sei ein angemessenes, bis zum Lehrabschluss von C. _____, d.h. bis Ende August 2018 befristetes Wohnrecht wirtschaftlich tragbar (act. 378 S. 67 - 72).

4.2 Die Beklagte beantragt in der Berufung, es sei das Wohnrecht aufzuheben und der Kläger zu verpflichten, die eheliche Liegenschaft innert spätestens dreier Monate nach Erlass des Berufungsurteils zu verlassen. Eventuell beantragt sie ein bis zum Auszug von C. _____, längstens jedoch bis zum 31. August 2018 befristetes, nicht übertragbares Wohn- und Benützungsrecht, während dessen Dauer der Kläger neben den Hypothekarzinsen für allfälligen Unterhalt bis CHF 670.00 monatlich und zusätzlich eine Entschädigung von CHF 500.00 zahlen sollte (act. 375 S. 4/5). Sie rügt, die Vorinstanz habe die Interessen von C. _____ bei der Festlegung des befristeten

Wohnrechts zu stark gewichtet. Es sei diesem ohne Weiteres zuzumuten, von einem andern Ort an die Lehrstelle zu gelangen, zumal ihm auch der Besuch der Oberstufe in ... zugemutet worden war. Überdies verbringe er gemäss Darstellung der Kindesvertreterin seine Freizeit kaum mehr zuhause. E. _____ sei ausgezogen und D. _____ sei die eheliche Wohnliegenschaft nicht wichtig, wie sie durch ihre Rechtsvertreterin habe mitteilen lassen, was aber die Vorinstanz gänzlich ignoriere. Ausserdem rechtfertige die Höhe des vom Kläger geltend gemachten Verdienstes aus selbständiger Erwerbstätigkeit die Zusprechung eines Wohnrechts auf keinen Fall. Die Vorinstanz äussere sich auch nicht dazu, dass der Kläger die Möglichkeit hätte, die Werkstatt seiner Arbeitgeberin für seine privaten gewerblichen Zwecke zu nutzen (act. 375 S. 22 -

- 34 - 26). Die Vorinstanz behandle die Parteien rechtsungleich, verkenne, dass die Einräumung eines Wohnrechts nach Art. 121 Abs. 3 ZGB ein schwerer Eingriff in das verfassungsmässig geschützte Eigentumsrecht des Eigentümers darstelle, gewichtiger Gründe bedürfe und für den Betroffenen wirtschaftlich tragbar sein müsse. Sie, die Beklagte, sei darauf angewiesen, wieder in ihre Wohnliegenschaft ziehen zu können, um so die Wohnkosten zu reduzieren. Sie sei auf die Unterstützung ihrer Eltern angewiesen, was nicht länger zumutbar sei und worauf sie rechtlich auch keinen Anspruch habe. Bei einer Rückkehr in die Liegenschaft könnte sie ihre Näharbeiten wieder aufnehmen und einen Zustupf verdienen. Insgesamt bestünden keine wichtigen Gründe für die Einräumung eines Wohnrechts und dieses sei ihr unter finanziellen Gründen auch nicht zumutbar (act. 375 S. 26/27). Eventualiter beantragt die Beklagte ein befristetes Wohnrecht des Klägers bis zum Auszug von C. _____, längstens bis August 2018. Diesfalls sei der Kläger zur Bezahlung einer Entschädigung in der Höhe der Unterhaltskosten von 1% des Verkehrswertes, entsprechend monatlich CHF 670.00, sowie zusätzlich CHF 500.00 zur Abgeltung des Wohnrechts zu verpflichten (act. 375 S. 27 - 29).

4.3 Der Kläger hält den Vorbringen der Beklagten mit Bezug auf die Interessenslage entgegen, dass sich die Lebensverhältnisse von C. _____, seitdem dieser die Lehre angetreten habe, wesentlich verändert hätten, er mit Ausnahme der Schulzeit, täglich ab 07.00 h 8,5 Stunden Schwerarbeit auf dem Bau absolviere und seine Freizeit knapp geworden sei. Die Vorinstanz habe sodann zugunsten von C. _____ zu Recht nicht nur dessen Interesse an einem kurzen Arbeitsweg berücksichtigt, sondern auch, dass das Haus für ihn, wie auch für D. _____ und den Kläger, einen wichtigen Lebensmittelpunkt darstelle. Es treffe denn auch nicht zu, dass C. _____ seine Freizeit eher weniger beim Vater verbringe (act. 388 S. 26/27). Der Kläger macht weiter geltend, die Vorinstanz habe die Vorbringen von D. _____ berücksichtigt, nicht willkürlich zugunsten von C. _____s und seinen Interessen entschieden. Er, der Kläger, könne aus der selbständigen Tätigkeit inzwischen mehr Verdienst erzielen; es treffe nicht zu, dass er auf die Werkstatt nicht angewiesen sei und er könne auch nicht die Werkstatt seiner Arbeitgeberin für seine privaten gewerblichen Zwecke benützen. Das verbleibende Wohnrecht bis August 2018 verbessere sodann seine Chancen für eine gute Anschlusslösung,

- 35 - was wichtige Gründe für die Einräumung des Wohnrechts seien. Es sei nicht einzusehen, dass die von der Beklagten geltend gemachten finanziellen Gründe gewichtiger sein sollten. Nicht akzeptabel sei der Eventualantrag der Beklagten, welcher bedeute, dass das Wohnrecht letztlich vom Willen C. _____s abhängen würde, welcher bei Erziehungsschwierigkeiten damit drohen könnte, auszuziehen, und damit den Kläger unter Druck zu setzen. Hinsichtlich der eventualiter verlangten finanziellen Abgeltung beantragt

der Kläger zwar in seinen Eventualanträgen der Berufungsantwort deren Gutheissung, in der Begründung macht er demgegen- über geltend, es handle sich dabei um eine Klageänderung der Beklagten, da sie vor Vorinstanz die von ihm behaupteten Unterhaltskosten in der Höhe von CHF 300.00 monatlich nicht bestritten habe. Die Klageänderung erweise sich als unzu- lässig. Aus den ihm angerechneten Wohnkosten ergebe sich sodann, dass der Kläger neben den Hypothekarzinskosten bereits heute CHF 694.00 an die übrigen Kosten der Liegenschaft bezahle. Schliesslich geht der Kläger davon aus, die Vo- rinstanz habe zu Recht festgehalten, er sei berechtigt, das ihm eingeräumte Wohnrecht im Grundbuch auf seine Kosten eintragen zu lassen (act. 388 S. 25 - 33). 4.4 Die Kindesvertreterin von C._____ verwies in ihrer Stellungnahme vom 12. Oktober 2015 (act. 407) mit Bezug auf die Wohnliegenschaft auf die Eingabe vom 1. Dezember 2014 (act. 349), wo sie dargelegt hatte, dass es C._____ gar nicht gut fände, wenn er von J._____ wegziehen müsste. Die Kindesvertreterin von D._____ äusserte sich in ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2015 nicht zum Wohnrecht (act. 406). 4.5 Die Einräumung eines Wohnrechts im Sinne von Art. 121 ZGB setzt voraus, dass der eine Ehegatte wegen der Kinder oder aus anderen wichtigen Gründen auf die Wohnung angewiesen ist. Gehört die Wohnung der Familie einem Ehegat- ten, so kann das Gericht gegen angemessene Entschädigung ein befristetes Wohnrecht einräumen (Art. 121 Abs. 1 und 3 ZGB). Art. 121 ZGB soll gewährleis- ten, dass ein Ehegatte und namentlich die Kinder im Scheidungsfall unabhängig von den bisherigen Rechtsverhältnissen in der Wohnung verbleiben können, wenn dies aufgrund der konkreten Umstände gerechtfertigt erscheint. Ob ein aus-

- 36 - reichender Grund vorliegt ist ein Ermessensentscheid des Gerichts nach Art. 4 ZGB. Das Gericht hat die unterschiedlichen Interessen der Parteien gegeneinan- der abzuwägen unter Einbezug des Kindesinteresses, welches grundsätzlich vor- geht (BOTSCHAFT zum Scheidungsrecht, BB1 1996, 97; BÜCHLER, FamKomm Scheidung, Band I, 2. Aufl., Art. 121 N 9; SUTTER/FREIBURGHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 121 N 26). Die Beklagte rügt in der Be- rufung im Wesentlichen eine unangemessene Gewichtung der Interessen, insbe- sondere eine zu starke Gewichtung der Interessen von C._____ und des Klägers, was im Berufungsverfahren grundsätzlich überprüft werden kann. C._____ hatte im vorinstanzlichen Verfahren ausführen lassen, dass es ihm sehr am Herzen liege, mit dem Kläger in der ehelichen Liegenschaft wohnen bleiben zu können (act. 349 S. 4) und ein Umzug wegen des damit verbundenen längeren Arbeitsweges schwierig sei. Er erklärte auch, dass er häufig bei der Freundin sei (act. 349 S. 5/6). Im Berufungsverfahren lässt er auf die vorinstanzlichen Vorbrin- gen verweisen (act. 407). D._____ äusserte sich gegenüber ihrer Rechtsvertrete- rin gemäss Eingabe vom 1. Dezember 2014 dahingehend, dass es ihr egal sei, mit wem sie im Haus wohnen würde, es sei für sie nicht entscheidend, wer im Haus in J._____ wohne, ob ein (egal welcher) Elternteil oder auch kein Elternteil und beide Eltern in Wohnungen leben (act. 348 S. 7). Auch im Berufungsverfah- ren änderte sich nichts an dieser Haltung (act. 406). Unbestritten ist, dass der Kläger in der Liegenschaft eine Werkstatt zur Ausübung seiner selbständigen Er- werbstätigkeit nutzt; diese Tätigkeit konnte er nach eigenen Angaben in der Ver- gangenheit ausbauen. Ob er bei seiner Arbeitgeberin über die Nutzung von Räumlichkeiten verfügt, ist umstritten. Die Beklagte, welche im März 2011 aus der in ihrem Alleineigentum stehenden, ehelichen Liegenschaft ausgezogen ist, hatte in der Klageantwort erklären lassen, dass sie selbst eher als der Kläger auf das Haus angewiesen sei und sie erwähnte dabei das von ihr benötigte Nähatelier und das Büro. Gleichzeitig wies sie darauf hin, dass sie zu viel Schlechtes erlebt habe, um für immer im Haus in J._____ zu leben; sie sei

emotional nicht mehr an das Haus gebunden (act. 155 S. 25). In der Duplik erachtete sie es als sinnvoll und richtig, ihr die Liegenschaft für sich, ihre Nährtätigkeit sowie für D._____ und C._____ zu überlassen, obschon sie immer wieder bereit gewesen war, sich von

- 37 - der Liegenschaft zu trennen, um – wie sie ausführen liess – den Scheidungsprozess zu beschleunigen (act. 236 S. 11). Bereits zweimal waren Versteigerungstermine für die Liegenschaft angesetzt, einmal am 11. Juli 2014 und einmal am 24. September 2015. An beiden Daten kam es nicht zur Versteigerung. In Zusammenhang mit dem letzten Termin hatte der Kläger bei der Kammer die Anmerkung einer Verfügungssperre erwirkt (act. 397). Die Kammer erwog, dass das im Berufungsverfahren umstrittene Wohnrecht nicht vor dem rechtskräftigen Entscheid in der Sache veritelt werden sollte. Im Zusammenhang mit der beantragten vorzeitigen Vollstreckung des Wohnrechts bzw. der Verfügungsbeschränkung wurde die ausgewiesene Schuldensituation der Beklagten (insbesondere Schuldverpflichtung gegenüber der Mutter und dem früheren Rechtsvertreter im Gesamtumfang von rund CHF 33'000.00) festgestellt, die es aber nicht rechtfertige, anzunehmen, die wirtschaftliche Existenz der Beklagten sei derzeit gefährdet. Nicht bestritten wurde vom Kläger, dass die Beklagte durch Naturalbeiträge ihrer Eltern unterstützt wird (act. 375 S. 27). Den vor allem wirtschaftlichen Interessen der Beklagten stehen die ebenfalls wirtschaftlichen Interessen des Klägers gegenüber, wobei der Kläger wie gesehen auch geltend macht, er sei emotional gebunden. Auf Seiten des Klägers ist sodann das emotionale und vor allem auch praktische Interesse von C._____ zu berücksichtigen. Die Gewichtung muss bei dieser Ausgangslage zugunsten des Klägers ausfallen; insoweit ist der Vorinstanz zuzustimmen. Zu beachten ist aber auch, dass die grundsätzlich vorrangigen Kindesinteressen vorliegend insoweit zu relativieren sind, als der heute knapp 17-jährige C._____ selbst sagt, er sei weniger Zeit zu Hause und der Wohnort J._____ vor allem wegen des Arbeitsweges günstig erscheint. Die Inkaufnahme eines längeren Weges wäre indes ohne Weiteres zumutbar. Dem Kläger ist zuzubilligen, dass er auf eine Werkstatt und auch den Büroplatz angewiesen ist, indes kann nicht davon ausgegangen werden, dass er nicht auch andernorts diese einrichten kann. Er räumt ein, dass er dies selbstverständlich künftig tun müssen. Explizit erwähnt er sodann, dass ihm der Verbleib in der ehelichen Liegenschaft insbesondere eine verbesserte finanzielle Ausgangslage für den Umzug bieten soll. Sowohl für C._____ wie auch den

- 38 - Kläger besteht damit ein Interesse am Verbleib in der ehelichen Liegenschaft, es kann aber heute, insbesondere auch mit Rücksicht auf das Alter von C._____, nicht mehr davon ausgegangen werden, dass der Kläger der Kinder wegen oder aus anderen wichtigen Gründen auf die Zuweisung der ehelichen Liegenschaft im Sinne von Art. 121 ZGB angewiesen ist. Auch D._____'s geäußerte Interessen vermögen hieran nichts zu ändern. Damit fehlt es an den Voraussetzungen für die Festlegung eines Wohnrechts zugunsten des Klägers und es ist ihm eine angemessene Auszugsfrist anzusetzen. Dem Umstand, dass er die eheliche Liegenschaft nicht nur zu Wohn-, sondern auch zu Arbeitszwecken benutzt und er für beides eine Ersatzlösung suchen muss, ist mit einer angemessenen Auszugsfrist Rechnung zu tragen; sie ist auf den 30. Juni 2016 zu befristen. Die angeordnete Verfügungssperre ist auf den Zeitpunkt des Auszugs, spätestens auf den 30. Juni 2016 aufzuheben. 4.6 Auf die im Berufungsverfahren in diesem Zusammenhang gestellten Eventualanträge ist bei diesem Ergebnis nicht mehr einzugehen. Immerhin ist festzuhalten, dass der Kläger bis zu seinem Auszug weiterhin die Hypothekarzinsen sowie die verbrauchsabhängigen Wohnnebenkosten sowie die allfälligen Kosten des Unterhalts zu

bezahlen hat. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger selbst vor Vorinstanz von einer Kostenübernahme für allfällige Unterhaltskosten bis zum Betrag von durchschnittlich CHF 300.00 pro Monat ausging (act. 153 S. 1 f. Rechtsbegehren Ziff. 6b). Die Vorinstanz limitierte die Kosten auf CHF 300.00 (act. 378 S. 78 Ziff. 17). Im Berufungsverfahren verlangte die Beklagte im Eventualbegehren, es seien die Kosten bis zu einem Betrag von CHF 670.00 pro Monat vom Kläger zu übernehmen, was der Kläger als unzulässiges Novum bezeichnet (act. 388 S. 32), wobei er selbst davon ausgeht, dass er bei tatsächlichen Wohnkosten von CHF 1'864.00 gemäss Vorinstanz bereits CHF 694.00 an die übrigen Kosten der Liegenschaft zahle (CHF 1'864.00 abzüglich Hypothekarzinskosten von CHF 1'170.00). Nachdem sich die Beklagte vor Vorinstanz den diesbezüglichen Vorbringen des Klägers nichts entgegengesetzt hat und sie auch nicht dartut, dass sie sich auf das Novenrecht gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO berufen kann, hat es für die verbleibende Zeit, welche der Kläger in der ehelichen Liegenschaft wohnt, bei der bisherigen Regelung zu bleiben, wobei

- 39 - antragsgemäss von durchschnittlich CHF 300.00 Unterhaltskosten auszugehen ist und nicht eine maximale Höhe von CHF 300.00 festzulegen ist. Zusammenfassend erweist sich die Berufung auch in diesem Punkt als begründet. Das vorinstanzlich eingeräumte Wohnrecht für den Kläger ist aufzuheben. IV. 1. Die Parteien haben sich im Berufungsverfahren zu den Kostenfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens nicht geäußert. Nach den vorstehenden Erwägungen werden das Betreuungsrecht des Klägers für D._____ im Umfang von drei Stunden reduziert sowie die Unterhaltsverpflichtung der Beklagten für C._____ und D._____ und das Wohnrecht des Klägers aufgehoben. Mit Bezug auf all diese Punkte erwog die Vorinstanz, dass sie schewergewichtig im Interesse der Kinder lägen, weshalb (ebenfalls) von einer hälftigen Kostenteilung auszugehen sei (act. 378 S. 73). Dem setzen die Parteien im Berufungsverfahren nichts entgegen und es besteht auch keine Veranlassung, von Amtes wegen eine andere Kostenverteilung festzulegen. Entsprechend bleibt es auch bei der vorinstanzlichen Entschädigungsregelung. Dispositiv Ziff. 19 und 20 des angefochtenen Urteils sind demgemäss zu bestätigen. 2. Im Berufungsverfahren obsiegt die Beklagte vollumfänglich, weshalb die Kosten dem Kläger aufzuerlegen und er auch zu verpflichten ist, der Beklagten eine Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren zu bezahlen. Da im Berufungsverfahren nur noch einzelne Punkte im Streit waren, indes über vorsorgliche Massnahmebegehren zu entscheiden war, rechtfertigt sich eine Gerichtsgebühr von CHF 3'000.00 (§ 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 und 12 der Gerichtsgebührenverordnung vom 8. September 2010). Die Auslagen für die beim Grundbuchamt H._____ angemerkte Verfügungssperre in der Höhe von CHF 106.00 (act. 401) sind von der Beklagten zu tragen und aus dem von ihr geleisteten Prozesskostenvorschuss zu beziehen. Die Prozessentschädigung ist ausgehend von einer Grundgebühr von CHF 4'000.00 unter Berücksichtigung von § 13 der Anwaltsgebührenverordnung

- 40 - vom 8. September 2010 und dem Umstand, dass auf Seiten der Beklagten – allerdings erst nach Erstattung der Berufungsbegründung – ein Vertretungswechsel stattfand, ebenfalls auf CHF 3'000.00 (zuzüglich der beantragte Ersatz für die Mehrwertsteuer) festzusetzen. Es wird beschlossen:

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