

ZH_OBERGERICHT LY150026 vom 4. März 2016

ZH Obergericht, 2016-03-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY150026

FR: ZH_OBERGERICHT LY150026 du 4 mars 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LY150026 del 4 marzo 2016

Erwägungen

E. 2

Zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen ist auf eine ausführliche Darlegung der vorinstanzlichen Prozessgeschichte – soweit diese nicht für das vorliegende Berufungsverfahren relevant ist (vgl. dazu nachstehend Ziff. I.3.) – zu verzichten und diesbezüglich auf die ausführlichen Erwägungen im vorinstanzlichen Entscheid (act. 6 E. II.1.-5.) zu verweisen. Anzumerken ist einzig, dass das Scheidungsverfahren der Parteien seit nunmehr über vier Jahren bei der Vorinstanz anhängig ist und in Bezug auf die Kinderbelange hochstrittig geführt wird. Im Laufe des Verfahrens wurden von den Parteien sowie der Kindsvertreterin diverse Massnahmebegehren gestellt und von der Vorinstanz mehrere Zwischenentscheide erlassen. Vor den im vorliegenden Verfahren relevanten Ereignissen hatte die Vorinstanz zuletzt am 13. November 2013 einen Entscheid bezüglich vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren getroffen (act. 7/126), mit welchem in erster Linie das dem Kläger zustehende Besuchsrecht für die drei Kinder neu geregelt worden war. Dieser Entscheid war von der Beklagten mit Berufung an die Kammer weitergezogen worden (act. 7/130), wobei die Berufung mit Urteil vom 1. April 2014 abgewiesen wurde (act. 7/150).

E. 2.1

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens ist nicht erst mit dem erstinstanzlichen Endentscheid in der Hauptsache (vgl. Art. 104 Abs. 1 ZPO), sondern bereits an dieser Stelle zu befinden.

E. 2.2

a) Grundlage für die Festsetzung der Entscheidgebühr bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG i.V.m. Art. 96 ZPO). Ausgangspunkt der Kostenberechnung für das Berufungsverfahren ist § 12 GebV OG i.V.m. § 6

- 55 - Abs. 1 und § 5 Abs. 1 GebV OG, wonach die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen wird und bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– beträgt. Das vorliegende Berufungsverfahren erweist sich als überdurchschnittlich aufwändig. Unter Berücksichtigung dessen sowie des bedeutenden Streitinteresses ist die Gebühr am oberen Rand des genannten Kostenrahmens festzulegen und unter Berücksichtigung des Reduktionsgrundes gemäss § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 8'000.– zu bemessen. Zu den Gerichtskosten zählen auch die Kosten der Kindesvertretung (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO). Als Teil der Prozesskosten sind sie der kostenpflichtigen Partei zu überbinden, aber gemäss kantonalem Tarif festzusetzen und vorab aus der Gerichtskasse auszubezahlen (vgl. ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 95 N 15). Über die Höhe des Honorars der

Kindesvertreterin wird nach Eingang der Honorarnote mit separatem Beschluss zu entscheiden sein. b) Die Kosten werden in der Regel nach Obsiegen und Unterliegen verteilt (Art. 106 ZPO), wobei in familienrechtlichen Fällen davon abgewichen werden kann (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Mit Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten des Verfahrens nach der Praxis der Kammer – unabhängig vom Ausgang – den Parteien grundsätzlich je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die klagende Partei unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe dafür hatte, die Klage einzuleiten, und die beklagte Partei aus Sicht des Kindeswohls ebenfalls gute Gründe dafür hatte, sich der Klage zu widersetzen (ZR 84/1985 Nr. 41). Sämtliche Streitpunkte – die Obhut über C._____, die Regelung der Kinderbetreuung bzw. des Kontakts des nicht obhutsberechtigten Elternteils zu B._____ und C._____, die Unterhaltspflicht betreffend B._____ und C._____, die Zuweisung der ehelichen Liegenschaft und die Mediation – betreffen (auch) Kinderbelange. Im Zentrum der Auseinandersetzung standen die Obhut über C._____ und die Regelung der Betreuung bzw. des Kontakts betreffend C._____ und B._____. Der Entscheid über diese Punkte präjudizierte die Regelung des Kinderunterhalts und die Zuweisung der ehelichen Liegenschaft. Die Mediation wurde erst im Laufe des Verfahrens thematisiert und blieb

- 56 - von marginaler Bedeutung. Der Kläger hatte plausible Gründe für die Verfechtung seines Standpunktes. Dasselbe gilt, jedenfalls in der Anfangsphase des Berufungsverfahrens, für die Beklagte, welche nicht mehr als die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids beantragte. Ihr Untertauchen im Juni 2015, das zumindest wegen unterlassener Information als unüberlegt und dem Kindeswohl abträglich gewertet werden muss, führte allerdings zu gerichtlichen Interventionen (act. 20 und 39), einer anschliessenden Instruktionsverhandlung (Prot. S. 8 ff.) und nachfolgenden Bemühungen um eine Wiederaufnahme des Kontakts zwischen der Beklagten und C._____ (act. 47, 49, 62 und 64). Obschon diese Bemühungen fruchteten und mit Beschluss der Kammer vom 15. Dezember 2015 ein grosser Schritt Richtung Normalisierung der Beziehung zwischen der Klägerin und C._____ vollzogen wurde (act. 82), kehrte die Beklagte in der Folge zu ihrer destruktiven "Alles-oder-Nichts"-Haltung zurück, indem sie es vorzieht, die Betreuung von C._____ gänzlich dem Kläger zu überlassen, statt sich diese Aufgabe mit ihm zu teilen (act. 84 und 90). Dies hat dann auch zur Folge, dass sie fast vollumfänglich unterliegt. Unter diesen Umständen lässt es sich nicht mehr rechtfertigen, die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren den Parteien je hälftig aufzuerlegen, sondern es ist die Beklagte in einem deutlich höheren Umfang zur Kostenübernahme zu verpflichten. Damit sind ihr die Kosten des Berufungsverfahrens im Umfang von 2/3 aufzuerlegen, dem Kläger im Umfang von 1/3.

E. 2.3

Im Falle der Parteien liegen keine Verhältnisse vor, welche eine Mediation gegen den ausdrücklichen Willen der Beklagten als angezeigt erscheinen lassen. So hat sich der Konflikt zwischen den Parteien in einer Weise chronifiziert, welche heute jegliche Kommunikation ausschliesst. Eine Mediation, und zwar auch eine angeordnete, erfordert ein gegenseitiges Nachgeben der Parteien, was bei dermassen verhärteten Fronten wie im vorliegenden Verfahren ausgeschlossen erscheint. Zudem wurden von der Vorinstanz mit der Anordnung der beiden Beistandschaften bereits konkrete Massnahmen ergriffen, um trotz der mangelnden direkten Kommunikation der Eltern zumindest eine indirekte Kommunikation zu ermöglichen. Der Antrag des Klägers auf Anordnung einer Mediation

ist deshalb abzuweisen. IV. Prozesskosten und unentgeltliche Rechtspflege 1. Gesuch der Beklagten um Kostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege 1.1 Die Beklagte stellt den Antrag, der Kläger sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Rechtsmittelverfahren von Fr. 4'000.– nebst 8 % MwSt. zu verpflichten; eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (act. 26 S. 2).

- 52 - 1.2 Grundsätzlich hat eine Person nach Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht jedoch nur subsidiär zur Prozesskostenvorschusspflicht des Ehegatten, weshalb das Gesuch abzulehnen ist, wenn der Ehegatte die Kosten vorzuschüssen vermag (LUKAS HUBER, DIKE-Komm ZPO, Online Stand 16. April 2012, Art. 117 N 30; BGE 91 II 253 E. 1). Die Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten unter Ehegatten stützt sich auf die eheliche Beistandspflicht. In diesem Sinne kann ein Ehegatte im Rahmen eines Scheidungsprozesses gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB verpflichtet werden, dem anderen Ehegatten einen Beitrag zur Finanzierung des Prozesses zu bezahlen, wobei die Grundsätze zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO analog anzuwenden sind. Der Prozesskostenvorschuss ist also zu gewähren, wenn der ansprechenden Partei die Mittel fehlen, um neben ihrem Lebensunterhalt den Prozess zu finanzieren und dieser nicht aussichtslos erscheint (vgl. OGer ZH, LE120025 vom 12. Juni 2012, E. IV./2.). Zudem muss der angesprochene Ehegatte in der Lage sein, den Vorschuss zu bezahlen, d.h. er muss leistungsfähig sein (ZK ZGB-BRÄM/HASENBÖHLER, Bd. Nr. II/1c, 3. Aufl. 1998, Art. 159 N 135). Dies setzt voraus, dass dem vorschusspflichtigen Ehegatten genug verbleibt, um seinen eigenen Unterhalt und denjenigen seiner Familie sowie, wenn er wie im Ehescheidungsprozess selbst Partei ist, seine eigenen Anwaltskosten zu bestreiten (BK ZPO-BÜHLER, Art. 117 N 41a). Bei der Abklärung, ob der Ehegatte in der Lage ist, seinem bedürftigen Partner einen Prozesskostenvorschuss zu leisten, ist dabei nicht nur sein den Zwangsbedarf übersteigendes Einkommen, sondern auch sein Vermögen angemessen zu berücksichtigen (BGE 120 Ia 179 E. 3a m.H.). Die Berücksichtigung von Vermögen setzt freilich voraus, dass dieses im Zeitpunkt der Anhängigmachung des Verfahrens oder im Zeitpunkt des Gesuchs überhaupt vorhanden und verfügbar ist und nicht erst nach Abschluss des Verfahrens realisiert werden kann (BGE 118 Ia 369 E. 4). Bei Liegenschaftseigentum widerspricht es dem verfassungsrechtlichen Anspruch nicht, vom Grundeigentü-

- 53 - mer zu verlangen, einen Kredit auf sein Grundstück aufzunehmen, soweit dieses noch belastet werden kann (BGE 119 Ia 11 E. 5; BGer 5P.133/2000 vom 15. Mai 2000 E. 4d).

1.3 a) Vorliegend ist die Mittellosigkeit der Beklagten aufgrund ihrer Ausführungen und Belege zu den Einkommens- und Bedarfszahlen dargetan (act. 26 S. 8 f., act. 27/1-5, act. 35/7-10 und 15, Prot. S. 12 f.). Sodann kann der Prozess bezüglich der von der Beklagten gestellten Anträge, jedenfalls nicht prospektiv betrachtet, als aussichtslos bezeichnet werden. Dementsprechend ist grundsätzlich die Leistungsfähigkeit des Klägers zu prüfen: b) Der Kläger bestreitet seine Leistungsfähigkeit und bringt dazu vor, er verfüge zur Zeit lediglich über flüssige Mittel von Fr. 3'947.82 (Prot. S. 48; act. 44/2). Daneben habe er noch ein weiteres Konto bei der ZKB, auf welchem sich circa Fr. 7'000.– befinden würden. Dieser Betrag sei aber für die Bezahlung der Hypothekenzinsen reserviert, welche er

bezahlen müsse, weil die Beklagte seit Januar 2015 nicht mehr dafür aufgekommen sei (Prot. S. 48). Zu seinen Einkommens- und Bedarfswerten macht der Kläger jedoch keine Ausführungen und kommt damit seiner Begründungspflicht – wie schon bei der Begründung seines eigenen Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. act. 15/13 E. 2) – nicht nach. Immerhin kann den vorinstanzlichen Unterlagen entnommen werden, dass der Kläger ein Einkommen von rund Fr. 9'530.– erzielt (vgl. act. 7/6/15), welches nach Angaben des Klägers unverändert geblieben ist (Prot. S. 24). Da er aus diesem seinen eigenen Unterhalt, denjenigen der drei Kinder sowie die Unterhaltsbeiträge für die Beklagte und die Kosten seiner eigenen Rechtsvertreterin bezahlen muss, ist trotz mangelnder Begründung des Klägers davon auszugehen, dass er nicht in der Lage ist, der Beklagten aus seinem Einkommen einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. c) Zum Vermögen des Klägers – wie auch zu demjenigen der Beklagten – ist festzuhalten, dass die Liegenschaft an der G._____strasse ... in ... H._____ das einzige wesentliche Aktivum darstellt. Diese steht im Miteigentum der Parteien (Prot. S. 25; act. 7/123) und hat gemäss einem vom HEV erstellten Verkehrswertgutachten vom 2. September 2013 einen Verkehrswert von Fr. 1'370'000.–. Der

- 54 - Kläger hat zur hypothekarischen Belastung ausgesagt, diese betrage derzeit Fr. 880'000.– (Prot. S. 25), was mit dem Grundbuchauszug (act. 7/123) und den weiteren sich in den Akten befindlichen Belegen übereinstimmt (act. 7/6/26-28). Mit Schreiben vom 30. April 2012 hat zudem die ZKB bestätigt, dass die bestehende Hypothek von derzeit Fr. 880'000.– nicht erhöht werden könne. Die bestehende Finanzierung müsse nach der Scheidung neu beurteilt werden (act. 7/42/6). Sodann wurden vorinstanzlich drei zwischen dem Kläger und M._____ und N._____ geschlossene Darlehensverträge vom 16. Februar 2005, 1. Dezember 2007 und 17. Oktober 2009 über insgesamt Fr. 280'000.– ins Recht gereicht (act. 7/6/29-33), wobei von diesen Darlehensschulden nach den damals gemachten Angaben des Klägers zumindest Fr. 75'000.– zurückbezahlt worden waren (act. 7/6/30-31). Mit einer als Übersicht Schulden des Klägers bezeichneten Dokument hat der Kläger sodann am 6. Dezember 2011 seine Darlehensschulden bei M._____ und N._____ auf Fr. 125'000.– beziffert (act. 7/6/52). Dem Verkehrswert der Liegenschaft von Fr. 1'370'000.– stehen dementsprechend Schulden von rund Fr. 1'005'000.– gegenüber, womit ein beachtlicher Aktivenüberschuss resultiert. Erfahrungsgemäss ist dieser Wert jedoch nicht kurzfristig realisierbar, weshalb die Leistungsfähigkeit des Klägers einstweilen zu verneinen ist. d) Der Beklagten ist damit für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen. 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 2.4

Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die unterliegende Partei nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO), weshalb die Beklagte entsprechend der Kostenverteilung zu verpflichten ist, dem Kläger eine (reduzierte) Parteientschädigung zu bezahlen. Ausgangspunkt für die (volle) Parteientschädigung bildet auch im Berufungsverfahren die Grundgebühr gemäss § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV von Fr. 1'400.– bis Fr. 16'000.– (vgl. § 13 Abs. 1 AnwGebV). In Anwendung von § 9 AbwGebV ergibt sich ein Gebührenrahmen von rund Fr. 280.– bis Fr. 10'600.–. Die in diesem Rahmen festzusetzende Gebühr deckt den Aufwand für die Berufungsschrift und die Teilnahme an der Haupt- bzw. Instruktionsver-

- 57 - handlung ab (§11 Abs. 1 AnwGebV). Die nach der Berufungsschrift eingereichten Rechtsschriften (act. 15/8; act. 31; act. 36; act. 54; act. 75 f. ; act. 91) sind mit einem Pauschalzuschlag gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV zu berücksichtigen. In Fällen, in denen – wie vorliegend – Kinderbelange hochstrittig sind, tragen Parteivertreter eine erhöhte Verantwortung. In rechtlicher Hinsicht ist von einer durchschnittlichen Schwierigkeit des Verfahrens auszugehen, da rechtliche Fragen betreffend Obhut, Unterhalt und Zuteilung der Liegenschaft in der Praxis sehr häufig zu klären sind. Allerdings weicht der Umfang des Verfahrens doch deutlich von einem gewöhnlichen Fall ab, weshalb von einem überdurchschnittlichen Zeitaufwand auch für die Parteivertreter auszugehen ist. Im Ergebnis ist die Grundgebühr im Bereich der Hälfte des Kostenrahmens festzusetzen, konkret auf Fr. 5'000.–. Für die erwähnten weiteren Rechtsschriften ist ein Pauschalzuschlag von 40 % zu veranschlagen. Die volle Parteientschädigung ist deshalb auf Fr. 7'000.– festzusetzen. Die Beklagte ist dementsprechend zu verpflichten, dem Kläger eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'330.– zzgl. 8% MwSt. auszurichten. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziffer 14 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirkes Winterthur vom 8. Mai 2015 (Geschäfts-Nr. FE110389-K) insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als damit Antrag 3 des klägerischen Abänderungsbegehrens vom 20. Mai 2014 in Bezug auf den vom Kläger an die Beklagte persönlich zu bezahlende Unterhaltsbeitrag abgewiesen worden ist. 2. Berufungsantrag 4 des Klägers (ersatzlose Aufhebung der vorinstanzlichen Disp.-Ziff. 10 und 12) wird abgeschrieben. 3. Das Begehren der Beklagten um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 4'000.– zzgl. 8 % MwSt. wird abgewiesen.

- 58 - 4. Der Beklagten wird die unentgeltlichen Rechtspflege bewilligt, und ihr wird Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Dispositiv-Ziffer 3.b) der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirkes Winterthur vom 8. Mai 2015 (Geschäfts-Nr. FE110389-K) wird aufgehoben und durch folgende Fassungen ersetzt: " 3. b) Auf die ausdrückliche Regelung des persönlichen Verkehrs und eines Feiertags- und Ferienbesuchsrechts wird mit Rücksicht auf das Alter der Tochter B. _____ verzichtet." 2. Die Dispositiv-Ziffern 4.a) - 4.d) der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirkes Winterthur vom 8. Mai 2015 (Geschäfts-Nr. FE110389-K) werden aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "4. a) Die Obhut für den Sohn C. _____, geb. tt.mm.2007, wird dem Kläger zugeteilt. Der Wohnsitz des Sohnes C. _____ befindet sich demnach beim Kläger. 4. b) Das Besuchsrecht der Beklagten für den Sohn C. _____, geb. tt.mm.2007, wird für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens einstweilen sistiert." 3. Soweit Dispositiv-Ziffer 14 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirkes Winterthur vom 8. Mai 2015 (Geschäfts-Nr. FE110389-K) nicht in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. Dispositiv-Ziffer 1 des vorstehenden Beschlusses), wird sie aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

- 59 - " 14. Die Unterhaltsverpflichtung des Klägers gemäss Dispositiv-Ziffer 10 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur (Eheschutz) vom 16. Oktober 2009 wird betreffend A. _____ mit Wirkung ab 1. Januar 2015 und betreffend B. _____ und C. _____ mit Wirkung ab 1. Juli 2015 aufgehoben." 4. Dispositiv-Ziffer 16 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirkes Winterthur vom 8. Mai 2015 (Geschäfts-Nr. FE110389-K) wird aufgehoben und die Beklagte verpflichtet, die eheliche Liegenschaft an der G. _____ strasse ... in ... H. _____ bis spätestens 31. Mai 2016

zu verlassen. In Abänderung von Disp.-Ziff. 2 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur (Eheschutz) vom 16. Oktober 2009 (Geschäfts- Nr. EE090127-K) wird ab diesem Zeitpunkt die eheliche Liegenschaft für die Dauer des Scheidungsverfahrens dem Kläger zur alleinigen Benützung zugewiesen. Soweit der Kläger die Zuweisung des Hausrats und Mobiliars verlangt, wird auf die Berufung nicht eingetreten. 5. Der Antrag des Klägers auf gerichtliche Anordnung einer Mediation wird abgewiesen.

E. 3

Bereits vor Abschluss dieses Rechtsmittelverfahrens liess die Beklagte mit Eingabe vom 18. März 2014 (act. 7/138) bei der Vorinstanz ein weiteres Massnahmebegehren einreichen und verlangte die ersatzlose Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur vom 2. Juli 2013, mit welchen ihr unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB verboten worden war, die Kinder während des Scheidungsverfahrens ins Ausland zu bringen und sie verpflichtet worden war, die Pässe der Kinder während der Dauer des Scheidungsverfahrens bei der Beiständin der Kinder zu hinterlegen (act. 7/107 Disp.-Ziff. 1-2). Am 2. April 2014 ersuchte auch die Kindervertreterin bei der Vorinstanz um Erlass vorsorglicher Massnahmen und beantragte, es seien während der Dauer des Verfahrens zweiwöchentliche, eventualiter monatliche Berichte über den Verlauf des Besuchsrechts von C._____ und dessen Befinden bei der Beiständin F._____ einzuholen (act. 7/151).

- 17 - Mit Eingabe vom 15. Mai 2014 beantragte wiederum die Beklagte die Abänderung des dem Kläger eingeräumten Besuchsrechts (act. 7/168). Am 20. Mai 2014 liess sodann auch der Kläger ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen stellen. Darin beantragte er die Umteilung der elterlichen Obhut für die drei Kinder an ihn, die Regelung des der Beklagten einzuräumenden Besuchsrechts für die drei Kinder, die Aufhebung seiner Unterhaltsverpflichtung gegenüber den Kindern und der Beklagten persönlich sowie die Umteilung der ehelichen Liegenschaft an ihn (act. 7/172). Dieses Begehren änderte er am 9. März 2015 ab. Er verlangte neu, ihm sei neben der Obhut die alleinige Sorge über die drei Kinder zuzuteilen. Ausserdem konkretisierte er seinen Antrag bezüglich des der Beklagten einzuräumenden Besuchsrechts (act. 7/270 S. 8). Am 23. Mai 2014 reichte die Kindervertreterin ein weiteres Massnahmebegehren ein und verlangte, es sei der Beklagten unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall die Weisung zu erteilen, C._____, wenn dieser bei ihr sei, täglich und lückenlos zum Kindergarten zu schicken, es sei denn, C._____ werde aufgrund eines ärztlichen Zeugnisses oder nachweislicher Arzt- oder Spitaltermine entschuldigt. Ausserdem sei ihr unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu untersagen, C._____ am Donnerstag und/oder Freitag vom Kindergarten abzuholen. Weiter beantragte sie, die zuständige KESB sei anzuweisen, eine Erziehungsbeistandschaft sowie eine fachpsychologische oder sozialpädagogische Familienbegleitung für C._____ zu errichten (act. 7/179). Die beantragten Verbote wurden von der Vorinstanz in der Folge mit Verfügung vom 27. Mai 2014 mit sofortiger Wirkung erlassen (act. 7/183), wobei die Beklagte in ihrer Stellungnahme vom 10. Juni 2014 dazu beantragten liess, die superprovisorisch verfügten vorsorglichen Massnahmen seien aufzuheben (act. 7/186). Mit Eingabe vom 2. September 2014 liess schliesslich der Kläger die Anordnung von dem Gericht "wohlscheinenden" Schutzmassnahmen für C._____ beantragen (act. 7/236).

- 18 - In Anbetracht der Vielzahl der seit dem 18. März 2014 bei der Vorinstanz von allen Parteien eingereichten Massnahmebegehren erteilte diese am 9. Juli 2014 dem Kinderpsychiater Dr. med. I._____ den Auftrag, ein (weiteres; vgl. act. 7/64; 7/67) kinderpsychiatrisches Gutachten zu erstellen (act. 7/208), Dieses ging am 28. November 2014 bei der Vorinstanz ein (act. 7/250). Die Parteien und die Kindsvertreterin nahmen mit Eingaben vom 26. Februar 2015 (act. 7/268), vom 9. März 2015 (act. 7/270) und vom 10. März 2015 (act. 7/275) dazu Stellung.

E. 3.1

Die Vorinstanz hat eine Umteilung der ehelichen Liegenschaft für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens an den Kläger abgelehnt und zur Begründung ausgeführt, es sei bei der Zuteilung der Liegenschaft an die Beklagte auch geblieben, als der Kläger gemäss den beiden Massnahmeentscheiden vom 7. Juni 2012 und 13. November 2013 die drei Kinder in grösserem Ausmass betreut habe, als dies zum Zeitpunkt des Eheschutzentscheides noch der Fall gewesen sei. Heute lebe A._____ gemäss seinem eigenen Entscheid ganz beim Vater in K._____, während B._____ gemäss der im vorinstanzlichen Entscheid angeordneten Besuchsrechts- und Betreuungsregelung zu 70 % und C._____ zu 50 % beim Vater lebe. Die Beklagte betreue gemäss dieser Besuchsrechts- und Betreuungsregelung die Tochter B._____ zu 30 % und den jüngsten Sohn C._____ zu 50 %. Alleine der Umstand, dass der Kläger die alleinige Obhut über zwei Kinder und die geteilte Obhut über ein Kind hätte, vermöge eine Umteilung der ehelichen Liegenschaft an ihn im jetzigen Zeitpunkt noch nicht zu rechtfertigen. Der Kläger bewohne seit mehreren Jahren eine 4 ½-Zimmerwohnung in K._____, in welcher er zeitweise alle drei Kinder betreue. Dass diese Wohnung für drei Kinder zu klein sei, mache er nicht geltend. Somit habe der Kläger nicht glaubhaft gemacht und es sei auch nicht ersichtlich, dass ihm die eheliche Liegenschaft in H._____ während des Scheidungsverfahrens mehr dienen solle als der Beklagten. Die Kinder, vor allem aber C._____, hätten sich an die mit dem vorinstanzlichen Entscheid geänderte Obhuts-, Besuchsrechts-/Betreuungsregelung zu gewöhnen. Dies sei Stress genug für die Kinder, seien sie doch schon durch die jahrelange Kampfscheidung der Eltern schwer belastet. In dieser Situation sei es dringend nötig, dass sie über eine stabile Wohnsituation bei beiden Eltern verfügen, um zur Ruhe zu kommen. Wenn die Mutter jetzt schon zu einem Umzug gezwungen würde, wären die Kinder, vor allem aber der sensible C._____, noch zusätzlichem Stress ausgesetzt, was kindeswohlgefährdend wäre, könne dies doch den reibungslosen Ablauf des Wechsels von der Mutter zum Vater oder umgekehrt erschweren. Dies sei unbedingt zu vermeiden. In diesem Sinne sei kein Abänderungsgrund gegeben. Der Antrag des Klägers auf Umteilung der ehelichen Liegenschaft an ihn sei daher abzuweisen (act. 6 S. 57 E. XI).

- 46 -

E. 3.2

Der Kläger beantragt in diesem Punkt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils. Er fordert die Zuweisung der Liegenschaft an ihn per 31. Juli 2015. a) Soweit der Kläger einen allfälligen Anspruch auf Umteilung der Liegenschaft zunächst aus den Bestimmungen des Volksschulgesetzes (VSG) ableiten will (act. 15/3 S. 16), ist darauf nicht weiter einzugehen, lässt sich doch aus der vom Kläger angeführten Volksschulgesetzgebung kein Anspruch auf Zuteilung einer Liegenschaft im Scheidungsverfahren ableiten. Vielmehr richtet sich die Zuteilung einer Liegenschaft zur Benützung im Rahmen und für die Dauer eines

Scheidungsverfahrens einzig und alleine nach zivilrechtlichen Grundsätzen. b) Weiter bringt der Kläger im Wesentlichen vor, dass er alle drei Kinder überwiegend betreue, weshalb die Liegenschaft ihm zusammen mit den drei Kindern den grösseren Nutzen bringe. Der Beklagten sei es unter Würdigung aller Umstände bereits heute zuzumuten, aus der ehelichen Liegenschaft auszuziehen, was sofort geschehen könne, gäbe es doch genügend erschwingliche Wohnungen. Zudem könne die Beklagte als Übergangslösung in seine aktuelle Wohnung ziehen, was ihr in Nachachtung des wohlverstandenen Kindeswohls ohne weiteres zumutbar sei. Ausserdem weigere sich die Beklagte seit Januar 2015 die Hypothekarzinsen, welche im Unterhaltsbeitrag inbegriffen seien, zu bezahlen, und dies obwohl sie die Unterhaltsbeiträge für sich und die beiden jüngeren Kinder – wie dies die Vorinstanz weiter vorsehe – bis dato noch erhalten habe (act. 15/3 S. 17). c) Seinen Antrag auf Zuweisung der Liegenschaft hat der Kläger im Verlaufe des Berufungsverfahrens zunächst dahingehend abgeändert, als der Beklagten für das Verlassen der Liegenschaft eine Frist bis zum 30. September 2015 zu setzen sei (Prot. S. 46), und schliesslich beantragt, dass die eheliche Liegenschaft baldmöglichst umzuteilen sei (act. 91 S. 2).

E. 3.3

Die Beklagte hat sich zu Beginn des Berufungsverfahrens auf den Standpunkt gestellt, es bestehe im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen keine Veranlassung, sie von der Liegenschaft wegzuzuweisen. Die Organisation der Kinder mit den Wohnungen der Eltern und der Schule funktioniere einwandfrei. Sie kön-

- 47 - ne sich derzeit keine neue Wohnung suchen. Die Kinderbelange seien noch nicht abschliessend, sprich langfristig geregelt. Dies habe jedoch Einfluss auf den geographischen Radius, in welchem sie eine Wohnung suchen müsse. Sodann könnten die vom Kläger als "erschwinglich" bezeichneten Wohnungen in H._____ von ihr nicht finanziert werden, zumal mit einem weiteren finanziellen Abänderungsantrag des Klägers zu rechnen sei, wenn er für die gesamten Kosten der Liegenschaft aufzukommen habe. Selbstredend sei es ihr auch nicht zumutbar, einfach in die Wohnung des Klägers umzuziehen. Auch die Zahlung des Hypothekarzinses sei kein Argument; der Kläger verrechne diesen bereits – an sich unerlaubterweise – mit dem Unterhaltsbeitrag (act. 26 S. 5 f.). Ausgeschlossen sei es sodann, dass sie bis Ende September 2015 ausziehen und sich irgendwo eine Wohnung nehmen könne. Sie habe weder eine Wohnung in Aussicht, noch könne sie die Kautionszahlung bezahlen. Sodann habe sie sich nach dem Vorfall im Juli 2015 nunmehr wieder in der ehelichen Liegenschaft eingerichtet und warte den Entscheid ab, damit sie wisse, wie dann die Regelung betreffend der Kinder sei und sie sich entsprechend orientieren könne. Auch wo sie eine Wohnung suche, werde vom Entscheid betreffend C._____ abhängen und davon, wo er dann künftig in die Schule gehe. Insbesondere wenn C._____ in eine Sonderschule gehen sollte, werde er in Zukunft nicht mehr in H._____ die Schule besuchen (Prot. S. 50).

E. 4

Mit Verfügung vom 8. Mai 2015 erliess die Vorinstanz schliesslich den eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Entscheid (act. 7/277 = act. 15/4 = act. 15/6 = act. 3 = act. 6, nachfolgend zitiert als act. 6).

E. 4.1

Entscheidendes Kriterium für die Zuweisung der Familienwohnung ist die Zweckmässigkeit. So ist die Wohnung in erster Linie demjenigen Ehegatten zur Benutzung zuzuweisen, dem sie den grösseren Nutzen bringt. Ist der Nutzen für beide Ehepartner gleich gross, ist darauf abzustellen, wem der Auszug leichter fällt. Die dingliche und schuldrechtliche Berechtigung an der Wohnung spielen eine untergeordnete Rolle und sind erst zu berücksichtigen, wenn aufgrund der üblichen zu berücksichtigenden Tatsachen kein Entscheid gefunden werden kann. Bei der Beurteilung der Zweckmässigkeit ist insbesondere den Interessen minderjähriger Kinder Rechnung zu tragen und folglich die eheliche Wohnung demjenigen Ehegatten zu überlassen, welcher die Kinder in Obhut nimmt. Es kann aber auch z.B. gesundheitliche oder berufliche Gründe geben, die ein besonderes Interesse an der Beibehaltung der Wohnung aufweisen (FamKomm Scheidung/VETTERLI, 2. Aufl., Art. 176 N 16; BSK ZGB I-SCHWANDER, 5. Aufl. 2014, Art.176 N 7). Für eine Umteilung der Liegenschaft während laufendem Scheidungsverfahren ist darzutun, dass sich die Verhältnisse seit Erlass der Regelung erheblich und dauerhaft geändert haben (Art. 179 Abs. 1 ZGB).

E. 4.2

Bei der streitgegenständlichen Liegenschaft handelt es sich um ein allein stehendes Wohnhaus an der G.____strasse ... in ... H.____, welches im hälftigen Miteigentum der Parteien steht (act. 7/123). Zur bisherigen Benützung der ehelichen Liegenschaft ist festzuhalten, dass der Kläger diese am 20. August 2009 verlassen hat (act. 7/8/15 Disp.-Ziff. 1) und in eine 4.5 Zimmerwohnung an der J.____strasse ... in ... K.____ gezogen ist (vgl. act. 7/6/17). Im Eheschutzentscheid vom 16. Oktober 2009 wurden die drei Kinder unter die Obhut der Mutter gestellt und dem Vater ein gerichtliches Besuchsrecht eingeräumt. Die eheliche Liegenschaft wurde der Beklagten zur Benutzung zugewiesen (act. 7/8/15 Disp.-Ziff. 2). Mit zwei Massnahmeentscheiden vom 7. Juni 2012 (act. 7/52) und 13. November 2013 (act. 7/126) wurde das dem Kläger zustehende Besuchsrecht für die drei Kinder erweitert und der Kläger zuletzt berechtigt erklärt, die drei Kinder jeden Mittwochabend ab 18:00 Uhr bis Freitagabend 18:00 Uhr sowie jedes zweite Wochenende von Freitagabend 18:00 Uhr bis Sonntagabend 20:00 Uhr zu sich oder mit sich zu Besuch zu nehmen (act. 7/126 Disp.-Ziff. 1). An Weihnachten 2014 ist der älteste Sohn A.____ zum Vater gezogen (vgl. act. 7/254). Mit dem vorinstanzlichen Entscheid vom 8. Mai 2015 wurde dem Kläger sodann die alleinige Obhut für A.____ und B.____ zugeteilt (act. 6 Disp.-Ziff. 2a und 3a), was unangefochten geblieben ist. Zudem ist ihm in Gutheissung seiner dahingehenden Berufung mit dem vorliegenden Entscheid auch die alleinige Obhut für C.____ zuzuteilen, weshalb nunmehr alle drei Kinder beim Kläger wohnen und dort dementsprechend ihren Lebensmittelpunkt haben. Im Vergleich zur Situation, wie sie sich nach Erlass des eheschutzrichterlichen Entscheides präsentiert hat, ist deshalb heute eine wesentliche Änderung der Verhältnisse zu bejahen, wohnt doch die Beklagte derzeit alleine in der geräumigen ehelichen Liegenschaft (vgl. act. 7/123), währenddem der Kläger mit den drei Kindern in der 2009 von ihm bezogenen 4.5 Zimmerwohnung an der J.____strasse ... in ... K.____ wohnt. Diese Änderung der Verhältnisse ist sodann als dauerhaft anzusehen,

- 49 - sehen, da bei heutiger Betrachtung davon auszugehen ist, dass alle drei Kinder auch künftig ihren Lebensmittelpunkt am Wohnsitz des Vaters haben werden. Die drei Kinder sind im Haus an der G.____strasse ... in H.____ aufgewachsen. B.____ und C.____ gehen nach wie vor in H.____ zur Schule bzw. in den Kindergarten (Prot. S. 25 und 30).

Zwar hat die Beklagte geltend gemacht, dass sie aus finanziellen Gründen Mühe hat, eine neue Wohnung zu finden. Dies vermag das ausgewiesene Interesse des Klägers und der Kinder an einer Umteilung der ehelichen Liegenschaft indessen nicht aufzuwiegen. Dementsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, die eheliche Liegenschaft an der G._____strasse ... in ... H._____ zu verlassen. Dazu ist ihr eine Frist bis spätestens 31. Mai 2016 anzusetzen. Ab diesem Zeitpunkt ist die eheliche Liegenschaft für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens dem Kläger zur alleinigen Benützung zuzuweisen.

E. 4.3

Der Antrag des Klägers auf Zuteilung der ehelichen Liegenschaft umfasst auch den Hausrat und das Mobiliar, ausgenommen die persönlichen Effekten der Beklagten (act. 15/3 S. 4). Eine Begründung dazu, weshalb und in welchem Umfang er (und die Kinder) auf diese Gegenstände angewiesen sind, unterliess er. Dies wäre aber notwendig gewesen, lebt er doch bereits seit 2009 in einer eigenen Wohnung und darf deshalb angenommen werden, dass er über die nötigsten Einrichtungsgegenstände verfügt. Mangels Begründung ist auf die Berufung des Klägers in diesem Punkt nicht einzutreten. D. Mediation 1. Der Kläger beantragt mit seinen ergänzten Berufungsanträgen, es sei eine Mediation für die Parteien gerichtlich anzuordnen (Prot. S. 46), wobei er diesen Antrag erstmals im Berufungsverfahren gestellt hat. 1.1 Ein neuer Antrag ist gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und die Klageänderung auf neuen Tatsachen beruht. 1.2 Die Voraussetzungen von Art. 227 ZPO (sachlicher Zusammenhang zum bisherigen Anspruch; gleiche sachliche Zuständigkeit) sind vorliegend erfüllt. Wie

- 50 - bereits (vorstehend Ziff. II.4) ausgeführt, führt der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (bei Kinderbelangen) nach der Praxis der Kammer in Abweichung von Art. 317 Abs. 1 ZPO sodann auch im Berufungsverfahren zur uneingeschränkten Zulässigkeit von Noven bis zur Urteilsberatung (OGer ZH, LC130019 vom 8. Mai 2013 E. 3.1; OGer ZH, LY140010 vom 26. Mai 2014 E. II.2). Deshalb ist der neue Antrag des Klägers zuzulassen.

E. 5

Gegen diesen Entscheid erhob die Kindsvertreterin mit Eingabe vom 22. Mai 2015 fristgerecht Erstberufung (act. 2) und stellte dabei die vorgenannten Erstberufungsanträge (act. 2 S. 2). Zur Behandlung der Erstberufung wurde das vorliegende Verfahren mit der Nummer LY150026-O angelegt. Sodann erhob der Kläger mit Eingabe vom 26. Mai 2015 rechtzeitig Zweitberufung (act. 15/3) und stellte die vorgenannten Zweitberufungsanträge (act. 15/3 S. 2 ff.). Ausserdem ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 15/3 S. 5). Zur Behandlung der Zweitberufung wurde das Verfahren mit der Nummer LY150027-O angelegt. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-285; act. 10/285- 310).

E. 5.1

Am 10. Juni 2015 liess der Kläger der Kammer mitteilen, die Beklagte habe die eheliche Liegenschaft an der G._____strasse ... in ... H._____ geräumt und ohne Adressangabe verlassen und habe sich seit dem 5. Juni 2015 weder bei ihm noch bei den Kindern gemeldet. Deshalb würden seither alle drei Kinder vollumfänglich bei ihm an der J._____strasse in ... K._____ wohnen (act. 15/8).

E. 5.2

Mit Beschluss vom 16. Juni 2015 wies die Kammer das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und setzte ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an (act. 15/13). Nachdem dieser innert Frist geleistet

- 19 - worden war (act. 15/19), wurden die beiden Berufungsverfahren mit Beschluss vom 24. Juni 2015 unter der vorliegenden Geschäfts-Nr. LY150026-O vereinigt (act. 13) und das Verfahren Geschäfts-Nr. LY150027-O als dadurch erledigt abgeschrieben (act. 15/20). Zudem wurde den Parteien sowie der Kindsvertreterin Frist zur Berufungsantwort bzw. Stellungnahme zu den Berufungsschriften angesetzt (act. 13).

E. 5.3

Während laufender Frist stellte die Kindsvertreterin mit der Kammer am 3. Juli 2015 überbrachter Eingabe vom 2. Juli 2015 (act. 18; vorab per Fax act. 16) ein Begehren um Erlass superprovisorisch anzuordnender vorsorglicher Massnahmen. Konkret beantragte sie, es sei dem Kläger superprovisorisch und ohne Anhörung der Parteien die alleinige elterliche Obhut über C._____ zuzuteilen, unter Einräumung eines begleiteten Besuchsrechts von wöchentlich 6 Stunden zugunsten der Beklagten (act. 18 S. 2). Mit Verfügung vom 3. Juli 2015 wurde diesem Begehren der Kindsvertreterin entsprochen und die Obhut für den Sohn C._____ superprovisorisch dem Kläger übertragen. Zudem wurde festgelegt, dass sich der Wohnsitz von C._____ beim Kläger befinde (act. 20 Disp.-Ziff. 1). Gleichzeitig wurde die Beklagte berechtigt erklärt, den Sohn C._____ alle zwei Wochen für die Dauer von 6 Stunden in Begleitung zu besuchen, und es wurde die Beiständin mit der Organisation des entsprechenden Besuchsrechts beauftragt (act. 20 Disp.-Ziff. 2). Den Parteien wurde eine freigestellte Frist zur Stellungnahme zum superprovisorischen Begehren der Kindsvertreterin angesetzt und ihnen sowie der Beiständin die Durchführung einer Verhandlung in Aussicht gestellt (act. 20 Disp.-Ziff. 3 bis 4).

E. 5.4

In der Folge erstattete die Beklagte am 3. Juli 2015 die Antwort zu den beiden Berufungen (act. 26) und am 7. Juli 2015 gingen die Stellungnahme der Kindsvertreterin zur Berufung des Klägers (act. 28) sowie der schriftlich erklärte Verzicht des Klägers auf eine Beantwortung der Berufung der Kindsvertreterin ein (act. 31).

E. 5.5

Am 10. Juli 2015 reichte die Beklagte ausserdem eine Stellungnahme zum superprovisorischen Begehren der Kindsvertreterin ein und beantragte, es sei das

- 20 - Massnahmebegehren der Kindsvertreterin vom 2. Juli 2015 abzuweisen und die Verfügung vom 3. Juli 2015 umgehend aufzuheben (act. 34 S. 1). Der Kläger verzichtete mit Eingabe vom 13. Juli 2015 auf eine Stellungnahme zum Massnahmebegehren der Kindsvertreterin (act. 36). Mit Beschluss der Kammer vom 23. Juli 2015 wurden die mit Verfügung vom 3. Juli 2015 superprovisorisch angeordneten Massnahmen als vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Berufungsverfahrens bestätigt (act. 39). Sodann wurden die Parteien und die Kindsvertreterin auf den 24. August 2015, 08:00 Uhr, zur Instruktionsverhandlung vorgeladen (act. 42).

E. 6

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 8'000.-. Hinzu kommen die Kosten der Kindsvertretung (ausstehend).

E. 6.1

An der Verhandlung änderte bzw. ergänzte der Kläger teilweise seine in der Berufungsschrift gestellten Anträge im obgenannten Sinn (Prot. S. 46). Die Kindsvertreterin (Prot. S. 45) und die Beklagte (Prot. S. 48 ff.) hielten an ihren Berufungsanträgen fest. Bezüglich des Besuchsrechts der Beklagten zu C._____ sind die Parteien unter Mitwirkung des Referenten an der Verhandlung übereingekommen, dass im Hinblick auf eine Wiederaufnahme der Betreuung von C._____ durch die Beklagte zunächst ein Kontakt im Rahmen von zwei begleiteten Besuchen erfolgen solle (Prot. S. 54.).

E. 6.2

Mit Beschluss vom 27. August 2015 traf die Kammer die entsprechenden Anordnungen und ersuchte die Beiständin der Kinder, F._____, die nächsten beiden Besuche von C._____ bei der Beklagten zu terminieren und zu begleiten und dem Gericht innert sieben Tagen ab Durchführung des zweiten Besuchs Bericht zu erstatten (act. 47 Disp.-Ziff. 3). Ausserdem wurde von der teilweisen Rechtskraft der vorinstanzlichen Verfügung vom 8. Mai 2015 Vormerk genommen, und es wurde die KESB der Bezirke Winterthur und Andelfingen ersucht, die Beistandsperson für die gemäss der (rechtskräftigen) Disp.-Ziff. 6 der vorinstanzlichen Verfügung für C._____ errichtete Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 ZGB zu ernennen (act. 47 Disp. Ziff. 1 und 2). In der Folge ernannte die

- 21 - KESB der Bezirke Winterthur und Andelfingen mit Entscheid vom 1. Dezember 2015 L._____ als Beistand nach Art. 308 Abs. 1 ZGB (act. 80). 7.1 Mit Eingabe vom 11. September 2015 teilte die Beiständin mit, es habe zwischen ihr und der Beklagten Unstimmigkeiten über die Modalitäten des angeordneten Besuchs gegeben, was dazu geführt habe, dass die Umsetzung des angeordneten Besuchsrechts nicht möglich gewesen sei. Die Beiständin empfahl aufgrund der im Bericht geschilderten Umstände, die Besuchsrechte der Beklagten zu C._____ und B._____ bis zum Vorliegen einer fachärztlichen psychiatrischen Einschätzung über die psychische Gesundheit der Mutter und deren Auswirkungen auf die Kinder zu sistieren (act. 49). Mit Verfügung vom 14. September 2015 wurde dieser Bericht den Parteien sowie der Kindsvertreterin zur Stellungnahme zugestellt (act. 51). Innert Frist erstatteten die Parteien (act. 54; act. 56) sowie die Kindsvertreterin (act. 59 [vorab per Fax act. 58]) ihre Stellungnahmen, welche in der Folge der jeweils anderen Partei bzw. der Kindsvertreterin zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (act. 60-61). 7.2 Mit Beschluss vom 1. Oktober 2015 hielt die Kammer fest, es erscheine in Würdigung aller Umstände angemessen und im Sinne der Verhältnismässigkeit geboten, einen zweiten Versuch der Wiederherstellung des Kontaktes zwischen C._____ und der Beklagten anzuordnen; dementsprechend wurde die Beiständin ersucht, neuerlich zwei Besuche von C._____ bei der Mutter zu terminieren und zu begleiten und nach erfolgter Durchführung der Kammer Bericht zu erstatten (act. 62 S. 6). 7.3 Am 20. November 2015 ging bei der Kammer der Bericht der Beiständin vom 18. November 2015 ein (act. 64). Darin schilderte sie den Verlauf des Besuchs von C._____ bei der Beklagten und empfahl, zur vormals geltenden Betreuungsregelung (gemäss Entscheid des Bezirksgerichts Winterthur vom 8. Mai 2015) zurückzukehren, allerdings mit der Einschränkung, dass die Übergaben am Mittwochabend um 18:00 Uhr am Wohnort der Mutter nicht umsetzbar seien. Die Übergaben sollten deshalb im Kindergarten erfolgen (act. 64 S. 3). Dieser Bericht wurde in der Folge den Parteien sowie der Kindsvertreterin zur Stellungnahme zugestellt (act. 65). Innert Frist gingen die Stellungnahmen der Beklagten

- 22 - (act. 67), der Kindsvertreterin (act. 71) und des Klägers ein (act. 75-76). Diese Stellungnahmen wurden der jeweils anderen Partei bzw. der Kindsvertreterin zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 78/1-3). Nach Ablauf der Frist reichte die Kindsvertreterin am 8. Dezember 2015 eine Ergänzung zu ihrer Stellungnahme ein (act. 81). 7.4 In Abänderung ihres Beschlusses vom 23. Juli 2015 beschloss die Kammer am 15. Dezember 2015, die Beklagte werde im Sinne einer vorsorglichen Massnahme mit Wirkung ab Januar 2016 für die weitere Dauer des Berufungsverfahrens berechtigt erklärt, den Sohn C._____ wieder regelmässig (und unbegleitet) zu sich auf Besuch zu nehmen, nämlich jede Woche von Sonntag, 18:00 Uhr, bis Mittwoch, 12:00 Uhr (Kindergartenende) sowie jedes zweite Wochenende von Freitag, 18:00 Uhr, bis Sonntag, 18:00 Uhr. Zudem wurden die Besuchsrechtsmodalitäten für die Weihnachts- und Sportferien geregelt (act. 82 Disp.-Ziff. 1). Weiter wurde der Beklagten im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die weitere Dauer des Berufungsverfahrens unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Wiederhandlungsfall die Weisung erteilt, C._____ während ihren Besuchstagen unter der Woche lückenlos zum Kindergarten zu bringen, sofern sie nicht mit einem ärztlichen Zeugnis oder einem Arzt- oder Spitaltermin belegen könne, dass C._____ aus gesundheitlichen Gründen oder infolge Wahrnehmung eines Arzt- oder Spitaltermins den Kindergarten nicht besuchen könne (act. 82 Disp.-Ziff. 2). Zudem wurde ihr die Weisung erteilt, ihn am Mittwoch, Donnerstag und Freitag nicht im Kindergarten abzuholen (act. 82 Disp.-Ziff. 3). Mit diesem Beschluss wurde den Parteien auch die ergänzende Eingabe der Kindsvertreterin vom 8. Dezember 2015 zugestellt (vgl. act. 82 Disp.-Ziff. 4). 8.1 Mit Schreiben vom 15. Januar 2016 teilte die Beiständin F._____ mit, die Beklagte habe ihr nach Erhalt des vorgenannten Beschlusses der Kammer telefonisch mitgeteilt, sie sei mit dieser Entscheidung nicht einverstanden. Der Entscheidung sei sowohl ihr als auch C._____ gegenüber ungerecht; die Beklagte habe dabei die Überzeugung geäussert, C._____ wolle bei ihr bleiben und rufe um Hilfe. Sie werde den Entscheidung des Obergerichts nicht anfechten, aber sie habe keine Kraft mehr und könne die Umsetzung der Entscheidung nicht vertreten. In der Folge sei

- 23 - ihr (der Beiständin) am 2. Januar 2016 vom Kläger mitgeteilt worden, dass die Beklagte C._____ nicht bei ihm abgeholt und er nichts von ihr gehört habe. Daraufhin habe sie die Beklagte zu einem Gespräch eingeladen, wobei die Beklagte in diesem Rahmen Gelegenheit gehabt habe, die Motive und Beweggründe für ihre Entscheidung darzulegen. Sie sei bei ihrer Entscheidung geblieben, auf den Besuchsumgang und die Betreuungsanteile zu verzichten (act. 84). 8.2 Mit Verfügung vom 19. Januar 2016 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zu diesem Bericht der Beiständin Stellung zu nehmen (act. 86), was sowohl die Parteien als auch die Kindsvertreterin innert Frist (act. 88-91) taten, wobei Letztere die vorgenannten Anträge stellte (act. 89 S. 2) und zudem beantragte, es seien diese Anträge für die Dauer des Berufungsverfahrens als vorsorgliche Massnahmen in Kraft zu setzen. Nachdem diese Stellungnahmen der jeweils anderen Partei bzw. der Kindsvertreterin zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (vgl. act. 92; act. 93), erweist sich das Verfahren heute als spruchreif, weshalb sich ein Entscheid über die von der Kindsvertreterin beantragten vorsorglichen Massnahmen erübrigt. II. Vorbemerkungen 1. Angefochten wurden die Regelung der Obhut sowie der Betreuungs- bzw. Besuchszeiten für die Kinder B._____ und C._____, die vom Kläger an die Beklagte zu bezahlenden Kinderunterhaltsbeiträge sowie die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens. Es liegt damit auch eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vor. Gegen den vorinstanzlichen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen ist

daher die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). 2. Bei der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides ist zu berücksichtigen, dass bereits vor Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens angeordnete Eheschutzmassnahmen nach Erhebung der Scheidungsklage grundsätzlich fort-dauern und eine spätere Abänderung solcher Massnahmen für die (weitere) Dau-

- 24 - er des Scheidungsverfahrens nur nach Massgabe von Art. 179 ZGB, d.h. bei Vorliegen veränderter Verhältnisse, zulässig ist (FamKomm Scheidung/LEUEN-BERGER, Anh. ZPO, 2. Aufl., Art. 276 N 4 ff.). Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen zur Abänderung bestehender Massnahmen (erhebliche und dauerhafte Veränderung der zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse) zutreffend ausgeführt, weshalb – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – darauf verwiesen werden kann (act. 6 S. 14 ff., E. IV.1). In formeller Hinsicht finden die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss Anwendung (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Für Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff. ZGB sind die Vorschriften über das summarische Verfahren im Sinne von Art. 248 ff. ZPO unter Vorbehalt von Art. 272 und 273 ZPO anwendbar (Art. 271 lit. a ZPO). Es soll in einem raschen Verfahren – ohne Anspruch auf abschliessende Beurteilung – eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat – und auch darauf verwiesen werden (vgl. act. 6 S. 15 f., E. IV.2.a) – sind die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse, bei freier Beweiswürdigung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 276 N 1 und 17). 3. Im Berufungsverfahren kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Unangemessenheit liegt vor, wenn ein Entscheid zwar innerhalb des gerichtlichen Ermessensspielraumes liegt, auf sachlichen Kriterien beruht und auch nicht unverständlich ist, jedoch unter Berücksichtigung sämtlicher Gegebenheiten des konkreten Falles als unzweckmässig erscheint (ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl., Art. 310 N 6 und 36). 4. In prozessrechtlicher Hinsicht hervorzuheben ist, dass in eherechtlichen Summarverfahren – wie dem vorliegenden – sowohl das erstinstanzliche als auch das Berufungsgericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt (Art. 272 ZPO). Es handelt sich hierbei um die eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Sind aller-

- 25 - dings Kinderbelange zu regeln, gelten – wie die Vorinstanz richtig ausgeführt hat (act. 6 S. 16, E. IV.2.b) – die uneingeschränkte (strenge) Untersuchungsmaxime und die Offizialmaxime. Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und entscheidet ohne Bindung an die Parteianträge. Dies ändert indes nichts an der geschilderten summarischen Natur des Verfahrens und an den Mitwirkungspflichten der Parteien bei der Feststellung des entscheiderelevanten Sachverhaltes (BK ZPO-SPYCHER, Art. 296 N 5 ff.; STEFANIE PFÄNDER BAUMANN, DIKE-Komm-ZPO, Online-Stand 18. Oktober 2011, Art. 272 N 2 ff.). Zwar werden in einem Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) in der Regel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Doch führt der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (bei Kinderbelangen) nach der Praxis der Kammer in Abweichung von Art. 317 Abs. 1 ZPO auch im Berufungsverfahren zur uneingeschränkten Zulässigkeit

von Noven bis zur Urteilsberatung (OGer ZH LC130019 vom 8. Mai 2013 E. 3.1.). Deshalb ist hier bei der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides auch den – vorstehend (Ziff. I.) dargestellten – während des Berufungsverfahrens ein- getretenen Veränderungen angemessen Rechnung zu tragen. 5. Im Entscheid über die Berufung ist dabei auf die durch die Parteien erhobene- nen Rügen einzugehen, indes verpflichtet die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) das Gericht nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überle- gungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 60 f.). Nachfolgend ist daher nur inso- weit auf die Parteivorbringen (und auf die eingereichten Unterlagen) einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

- 26 - III. Zur Berufung im Einzelnen A. Zuteilung der Obhut / Betreuungs- bzw. Besuchszeiten 1. Die drei Kinder, A._____, geb. am tt.mm.1999, B._____, geb. am tt.mm.2002 und C._____, geb. am tt.mm.2007, wurden von der Vorinstanz unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen (act. 6 Disp.-Ziff. 1), was im Berufungsverfahren unangefochten geblieben ist (vgl. act. 47 E. I.3 und Disp.-Ziff. 1). Einzugehen ist an dieser Stelle deshalb noch auf die Zuteilung der Obhut bzw. die Regelung der Betreuungs- und Besuchszeiten, soweit es um B._____ und C._____ geht. Bezüglich A._____ blieben die Anordnungen der Vorinstanz (act. 6 Disp.-Ziff. 2a und 2b) unangefochten. Angefochten wurden hingegen das der Beklagten von der Vorinstanz eingeräumte Besuchsrecht für B._____ (act. 15/3 S. 2) sowie die Obhutzuteilung und Betreuungsregelung für C._____ (act. 15/3 S. 2 f.; act. 2 S. 2). 2. Obhut für C._____

E. 7

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren (inklusive der Kosten für die Aufwendungen der Kindsvertretung) werden zu 1/3 dem Kläger und zu 2/3 der Beklagten auferlegt.

E. 8

Die dem Kläger auferlegten Kosten werden im Umfang von Fr. 3'500.– aus dem von ihm geleisteten Vorschuss bezogen. Im Mehrbetrag stellt die Ober- gerichtskasse Rechnung.

- 60 -

E. 9

Die der Beklagten auferlegten Kosten werden zufolge Gewährung der un- entgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

E. 10

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfah- ren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'330.– zzgl. 8% MwSt. zu bezahlen.

E. 11

Schriftliche Mitteilung – an den Kläger; – an die Beklagte; – an die Kindsvertreterin, – an die Beiständin, F._____, – an den Beistand, L._____, – an die KESB Winterthur-Andelfingen, und – an die Vorinstanz je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die

erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 12

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff.

(Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich zur Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

- 61 - Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw N. Seebacher versandt am:

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