

SO_GERICHTE ZKBER.2021.49 vom 12. September 2022

SO Obergericht, 2022-09-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBER.2021.49

FR: SO_GERICHTE ZKBER.2021.49 du 12 septembre 2022

IT: SO_GERICHTE ZKBER.2021.49 del 12 settembre 2022

Erwägungen

E. 1

Die Parteien heirateten am 10. September 1993. Der Ehe entsprossen drei Kinder, von denen zwei bei Einleitung des Scheidungsverfahrens am 26. November 2019 bereits volljährig waren. Am 25. März 2021 wurde die Ehe durch die Amtsgerichtsstatthalterin von Thal-Gäu geschieden.

E. 1.1

Beide Parteien haben von der anderen für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss und ev. die unentgeltliche Rechtspflege beantragt. Die Prozessarmut des Berufungsklägers ist offensichtlich und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. 1.2.1 Der Antrag der Berufungsbeklagten auf Erhalt eines Parteikostenvorschusses ev. die unentgeltliche Rechtspflege vom 14. September 2021 wurde dem Berufungskläger zur Kenntnis zugestellt, worauf dieser die Edition von sämtlichen Bankauszügen von sämtlichen Bankkonti lautend auf B. ___ bei der [...] für die Jahre 2019 bis 2022 und sämtliche Auszüge des Bankkontos bei der [...] lautend auf den Lebenspartner der Berufungsbeklagten für die Jahre 2019 bis 2022 beantragte. Die Gegenpartei des Hauptprozesses ist im Verfahren zur Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht förmlich Partei, weshalb Art. 253 ZPO (Stellungnahme) nicht zur Anwendung gelangt. Sie kann gemäss Art. 119 Abs. 3 ZPO angehört werden. Für ihre diesbezüglichen Aufwendungen ist der angehörten Partei mangels Parteistellung im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege jedoch keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Viktor Rüegg/Michael Rüegg in Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl., N. 9 zu Art. 119 ZPO mit Hinweisen; BGE 139 III 334 E. 4.1). Auch auf die vom Berufungskläger in diesem Zusammenhang gestellten Beweisanträge kann mangels Parteistellung nicht eingetreten werden. Seine diesbezüglichen Aufwendungen sind nach dem Gesagten im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nicht zu entschädigen. 1.2.2 Die Berufungsbeklagte hatte gemäss Steuererklärung 2020 am 31. Dezember 2020 ein Barvermögen von rund CHF 45'000.00. Per Februar 2022 beliefen sich die Saldi ihrer Konti noch auf rund CHF 2'000.00, was als Vermögen im Rahmen des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege unbeachtlich ist. Die Berücksichtigung von allfälligem Vermögen setzt voraus, dass dieses im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung tatsächlich vorhanden und verfügbar ist (Urteil des Bundesgerichts 5A_509/2009). Die unentgeltliche Rechtspflege darf nicht verweigert werden, weil die gesuchstellende Partei ihre Mittellosigkeit selber verschuldet hat (BGE 108 Ia 108 E. 5b, 104 Ia 31 E. 4, 99 Ia 437 E. 3c, 58 I 285 E. 5), was vorliegend nicht völlig auszuschliessen ist. Hingegen steht der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Sie ist daher zu verweigern, wenn die gesuchstellende Partei gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess auf Einkommen verzichtet, oder sich gewisser Vermögenswerte entäussert hat, nur um auf

Staatskosten prozessieren zu können (BGE 143 III 233 E. 3.4, 126 I 165 E. 3b, 104 Ia 31 E. 4; Urteile des Bundesgerichts 5A_86/2012 E. 4.1, 5A_590/2009 E. 3.3.1). Hinweise auf eine Vermögensentäusserung der Berufungsbeklagten im Hinblick auf das zu führende Verfahren gibt es keine. Ohnehin hat nicht sie, sondern der Berufungskläger, das Berufungsverfahren angehoben. Selbst wenn die Bezahlung der gesamten Miete trotz gemeinsamer vertraglicher Verpflichtung mit dem Lebenspartner vorliegend u.U. als Vermögensentäusserung angesehen werden könnte, änderte das nichts daran, dass der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist, zumal das bei hälftiger Mietzinszahlung gesparte Vermögen vom Vertragsbeginn im September 2019 bis August 2022 CHF 24'000.00 betragen würde, was ihr zusammen mit dem verbliebenen Saldo von CHF 2'000.00 aufgrund ihrer finanziellen Gesamtsituation fast vollständig als Notgroschen belassen werden müsste. Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind daher erfüllt. Da die Berufungsbeklagte vorliegend nicht kostenpflichtig wird, wird die unentgeltliche Rechtspflege im Umfang der Ausfallhaftung des Staates bewilligt. 2. Gemäss Art. 106 ZPO sind die Prozesskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. U.a. in familienrechtlichen Prozessen können die Kosten nach Ermessen auferlegt werden (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Berufungskläger ist vollständig unterlegen. Ihm sind daher die Gerichts- und die Parteikosten der Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Gründe, um von diesem Grundsatz abzuweichen gibt es vorliegend nicht. Die Gerichtskosten sind aufgrund des Umfangs und der Schwierigkeit des Verfahrens auf CHF 3'000.00 festzulegen, zahlbar aufgrund der dem Berufungskläger gewährten unentgeltlichen Rechtspflege durch den Staat Solothurn. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates innert 10 Jahren gemäss Art. 123 ZPO. 3.1 Bei der Festsetzung der Kostennote für den unentgeltlichen Rechtsbeistand ist nur der bei objektiver Würdigung der Umstände notwendige Aufwand zu berücksichtigen; unnütze und überflüssige Schritte des Anwalts sind nicht zu entschädigen. Es ist darauf abzustellen, welchen Aufwand ein Verfahren bestimmter Art durchschnittlich zu verursachen pflegt und welche zusätzlichen Bemühungen durch allfällige Besonderheiten des konkreten Falles erforderlich wurden. Praxisgemäss ist dabei der auf Besprechungen und Telefongespräche entfallende Zeitaufwand nicht zu berücksichtigen (SOG 1987 Nr. 7). Generell sind im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nur notwendige Verrichtungen zu entschädigen. Vorab ist festzuhalten, dass dem Gericht die rechtlichen Grundsätze einer Berufung, ebenso wie diejenigen zum nahehelichen Unterhalt bekannt sind (*iura novit curia*). Ausführungen darüber sind in der Berufung überflüssig. Vorliegend hat der Berufungskläger einzig den nahehelichen Unterhalt angefochten. Das Verfahren ist daher auf diesen Sachverhaltskomplex bzw. diese eine Rechtsfrage beschränkt. Die Aufwendungen des Berufungsklägers im Zusammenhang mit der Noveneingabe bezüglich des Wohnsitzwechsels des minderjährigen Sohnes und dessen Unterhalt können nicht entschädigt werden, weil diese Fragen nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind, ebenso wenig dessen Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Gesuch der Berufungsbeklagten um unentgeltlichen Rechtspflege, zumal der Berufungskläger in jenem Verfahren nicht Partei ist. Beide Anträge waren daher aussichtslos im Sinn von Art. 117 lit. b ZPO. Selbstredend werden demzufolge auch die damit zusammenhängenden Auslagen nicht entschädigt. Reiner Kanzleiaufwand wird im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nicht separat entschädigt (z.B. Erstellen des Beilagenverzeichnisses, Versenden von Orientierungskopien, Mandatsabschluss etc.; SOG 1990 Nr. 18 E. 4). Nicht entschädigt

werden können auch die unerbetenen Repliken, soweit sich aus den Stellungnahmen der Gegenpartei keine unerwarteten neuen Tatsachen ergeben haben, zu denen sich die auf Staatskosten prozessierende Partei erstmals äussern muss. Der Vertreter des Berufungsklägers hat einen Teil der Arbeiten durch einen Rechtspraktikanten erledigen lassen und dafür korrekt einen reduzierten Stundenansatz verrechnet. Dadurch notwendige Konsilien sind jedoch Teil der Ausbildung des Rechtspraktikanten bzw. der internen Büroorganisation des Anwalts und daher nicht im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege verrechenbar. In der Kostennote des Vertreters des Berufungsklägers fällt auf, dass während des gesamten Berufungsverfahrens insgesamt rund 7 Stunden für Klientenkontakte (Besprechungen, Telefone, E-Mailverkehr) aufgewendet wurden. Das deutet auf eine insgesamt wenig strukturierte und zielgerichtete Instruktion hin, die nicht voll entschädigt werden kann. Die Klientenkontakte im Zusammenhang mit Eingaben die nicht entschädigt werden können, können ebenfalls nicht honoriert werden. Insgesamt werden aufgrund dessen 22,4 Stunden à CHF 180.00 und Auslagen von 276.30 entschädigt. Die unentgeltliche Kostennote beläuft sich daher auf insgesamt CHF 4'640.00 inkl. 7,7 % MWSt. Der Vertreter des Berufungsklägers hat keine Honorarvereinbarung eingereicht. Somit bleibt es bei einem Nachzahlungsanspruch in der Höhe des Minimaltarifs gemäss § 160 Abs. 2 Gebührentarif von CHF 230.00 pro Stunde, ausmachend CHF 1'206.25. 3.2 Der Vertreter der Berufungsbeklagten macht einen Aufwand von 28,65 Stunden à CHF 280.00 geltend. Die entsprechende Honorarvereinbarung liegt vor. Der Aufwand ist eher hoch, wurde aber von der Gegenpartei nicht beanstandet. Zu berücksichtigen ist, dass sich der Vertreter der Berufungsbeklagten auch zu den Eingaben äussern musste, auf die aus prozessualen Gründen nicht eingegangen werden konnte. Die Parteientschädigung ist daher auf total CHF 9'150.40 festzusetzen. Der Staat haftet im Rahmen der Garantenstellung für einen Betrag von CHF 1'828.70 (8,33 Stunden Aufwand seit 28. Februar 2022 à CHF 180.00/h und Auslagen von CHF 198.00 zzgl. MWSt.). Der Nachzahlungsanspruch zum vereinbarten Honoraransatz von CHF 280.00 beläuft sich auf CHF 897.50.

E. 2

Die angefochtenen Ziffern des Urteils lauten wie folgt:

E. 3

Die Berufungsbeklagte macht geltend, grundsätzlich habe die Vorinstanz die Verhältnisse korrekt erfasst und berücksichtigt. Der Entscheid überzeuge auch im Resultat, insbesondere bezüglich ihrer Eigenversorgungskapazität. Auch habe sich ihre gesundheitliche Situation seit dem Entscheid nicht verbessert. Eine stationäre Therapie habe abgebrochen werden müssen. Nun sei ein neuer Versuch in einer anderen Institution geplant. Ihre Arbeitsunfähigkeit sei offensichtlich. Sie befinde sich gegenwärtig bei verschiedenen Ärzten in Behandlung. Es gebe keinen Grund, an den Arztberichten zu zweifeln. Sie habe massive gesundheitliche Beschwerden und sämtliche ihr vorliegenden Unterlagen sofort dem Gericht eingereicht. Es lägen derart viele Berichte vor, dass die Wahrscheinlichkeit, dass es sich dabei allesamt um Gefälligkeitsgutachten handle, gleich null sei. Sie sei auch bereit, sich begutachten zu lassen, falls das für notwendig erachtet würde.

Fakt sei, dass ihre massive gesundheitliche Beeinträchtigung während der Ehe eingetreten sei. Sie sei fast während der ganzen Ehe in [...] Behandlung gewesen. Es könne daher nicht argumentiert werden, die Beschwerden seien erst nach der Trennung aufgetreten. Die Unterhaltsberechnung der Vorinstanz sei korrekt. Die Praxis sei diesbezüglich klar.

E. 3.1

Bei der Festsetzung der Kostennote für den unentgeltlichen Rechtsbeistand ist nur der bei objektiver Würdigung der Umstände notwendige Aufwand zu berücksichtigen; unnütze und überflüssige Schritte des Anwalts sind nicht zu entschädigen. Es ist darauf abzustellen, welchen Aufwand ein Verfahren bestimmter Art durchschnittlich zu verursachen pflegt und welche zusätzlichen Bemühungen durch allfällige Besonderheiten des konkreten Falles erforderlich wurden. Praxisgemäss ist dabei der auf Besprechungen und Telefongespräche entfallende Zeitaufwand nicht zu berücksichtigen (SOG 1987 Nr. 7). Generell sind im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nur notwendige Verrichtungen zu entschädigen.

Vorab ist festzuhalten, dass dem Gericht die rechtlichen Grundsätze einer Berufung, ebenso wie diejenigen zum nahehelichen Unterhalt bekannt sind (*iura novit curia*). Ausführungen darüber sind in der Berufung überflüssig.

Vorliegend hat der Berufungskläger einzig den nahehelichen Unterhalt angefochten. Das Verfahren ist daher auf diesen Sachverhaltskomplex bzw. diese eine Rechtsfrage beschränkt. Die Aufwendungen des Berufungsklägers im Zusammenhang mit der Noveneingabe bezüglich des Wohnsitzwechsels des minderjährigen Sohnes und dessen Unterhalt können nicht entschädigt werden, weil diese Fragen nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind, ebenso wenig dessen Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Gesuch der Berufungsbeklagten um unentgeltlichen Rechtspflege, zumal der Berufungskläger in jenem Verfahren nicht Partei ist. Beide Anträge waren daher aussichtslos im Sinn von Art. 117 lit. b ZPO. Selbstredend werden demzufolge auch die damit zusammenhängenden Auslagen nicht entschädigt. Reiner Kanzleiaufwand wird im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nicht separat entschädigt (z.B. Erstellen des Beilagenverzeichnisses, Versenden von Orientierungskopien, Mandatsabschluss etc.; SOG 1990 Nr. 18 E. 4). Nicht entschädigt werden können auch die unerbetenen Repliken, soweit sich aus den Stellungnahmen der Gegenpartei keine unerwarteten neuen Tatsachen ergeben haben, zu denen sich die auf Staatskosten prozessierende Partei erstmals äussern muss.

Der Vertreter des Berufungsklägers hat einen Teil der Arbeiten durch einen Rechtspraktikanten erledigen lassen und dafür korrekt einen reduzierten Stundenansatz verrechnet. Dadurch notwendige Konsilien sind jedoch Teil der Ausbildung des Rechtspraktikanten bzw. der internen Büroorganisation des Anwalts und daher nicht im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege verrechenbar.

In der Kostennote des Vertreters des Berufungsklägers fällt auf, dass während des gesamten Berufungsverfahrens insgesamt rund 7 Stunden für Klientenkontakte (Besprechungen, Telefone, E-Mailverkehr) aufgewendet wurden. Das deutet auf eine insgesamt wenig strukturierte und zielgerichtete Instruktion hin, die nicht voll entschädigt werden kann. Die Klientenkontakte im Zusammenhang mit Eingaben die nicht entschädigt werden können, können ebenfalls nicht honoriert werden. Insgesamt werden aufgrund dessen 22,4 Stunden à CHF 180.00 und Auslagen von 276.30 entschädigt. Die unentgeltliche Kostennote beläuft sich daher auf insgesamt CHF 4'640.00 inkl. 7,7 % MWSt.

Der Vertreter des Berufungsklägers hat keine Honorarvereinbarung eingereicht. Somit bleibt es bei einem Nachzahlungsanspruch in der Höhe des Minimaltarifs gemäss § 160 Abs. 2 Gebührentarif von CHF 230.00 pro Stunde, ausmachend CHF 1'206.25.

E. 3.2

Der Vertreter der Berufungsbeklagten macht einen Aufwand von 28,65 Stunden à CHF 280.00 geltend. Die entsprechende Honorarvereinbarung liegt vor. Der Aufwand ist eher hoch, wurde aber von der Gegenpartei nicht beanstandet. Zu berücksichtigen ist, dass sich der Vertreter der Berufungsbeklagten auch zu den Eingaben äussern musste, auf die aus prozessualen Gründen nicht eingegangen werden konnte. Die Parteientschädigung ist daher auf total CHF 9'150.40 festzusetzen. Der Staat haftet im Rahmen der Garantenstellung für einen Betrag von CHF 1'828.70 (8,33 Stunden Aufwand seit 28. Februar 2022 à CHF 180.00/h und Auslagen von CHF 198.00 zzgl. MWSt.). Der Nachzahlungsanspruch zum vereinbarten Honoraransatz von CHF 280.00 beläuft sich auf CHF 897.50.

Demnach wird erkannt:

1. Auf den Antrag des Berufungsklägers um Unterhaltsbeiträge für den unmündigen Sohn C. ___ wird nicht eingetreten.

2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

3. Die Gerichtskosten von CHF 3'000.00 werden dem Berufungskläger auferlegt. Zuzugleich unentgeltlicher Rechtspflege werden sie vom Staat getragen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates innert 10 Jahren sobald A. ___ zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

4. A. ___ hat an B. ___, vertreten durch Rechtsanwalt Oliver Wächter, eine Parteientschädigung von CHF 9'150.40 zu bezahlen. Für die Aufwendungen ab dem 28. Februar 2022 bzw. für einen Betrag von CHF 1'828.70 besteht während zweier Jahre eine Ausfallhaftung des Staates.

Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch des unentgeltlichen Rechtsbeistands im Umfang von CHF 897.55 (Differenz zum vollen Honorar) sobald B. ___ zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

5. Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands von A. ___, Rechtsanwalt Raphael Ciapparelli, wird auf pauschal CHF 4'640.00 festgesetzt und ist zuzugleich unentgeltlicher Rechtspflege vom Staat zu bezahlen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch des unentgeltlichen Rechtsbeistands im Umfang von CHF 1'206.25 (Differenz zum vollen Honorar) sobald A. ___ zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

Rechtsmittel: Der Streitwert beträgt mehr als CHF 30'000.00.

Gegen diese Entscheidung kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen der Zivilkammer des Obergerichts

Die Präsidentin
Hunkeler

Die Gerichtsschreiberin
Trutmann

E. 4

In grundsätzlicher Hinsicht ist vorweg festzuhalten, dass das Berufungsverfahren keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens darstellt, sondern nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet ist. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist beziehungsweise an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden beziehungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich ■ abgesehen von offensichtlichen Mängeln ■ grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413, mit weiteren Hinweisen).

Diesen Ansprüchen genügt die Berufung nur teilweise, worauf nachfolgend im Detail Stellung genommen wird.

5.1 Der Berufungskläger hat in zwei Noveneingaben im Berufungsverfahren neue Tatsachen geltend gemacht. Das Bundesgericht hat in BGE 142 III 40 E. 5.3 ausgeführt, dass neue Vorbringen, mit denen geänderte Verhältnisse behauptet und belegt werden könnten, nicht einfach in das Abänderungsverfahren verwiesen werden dürften, sondern im Rahmen der Berufung gegen das Scheidungsurteil zu prüfen und zu berücksichtigen seien, wenn und soweit sie sich nach Art. 317 Abs. 1 ZPO als zulässig erwiesen. Das gilt in dem Umfang, als vor Ablauf der Rechtsmittelfrist bekannte Abänderungsgründe im Rechtsmittelverfahren gerügt und korrigiert werden können. In BGE 144 III 349 E. 4.2.1 S. 352 hat das Bundesgericht überdies erwogen, dass dort wo die Untersuchungsmaxime gelte und der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen erforschen müsse, Noven [im Berufungsverfahren] auch über den Grenzen von Art. 317 Abs. 1 ZPO hinaus zulässig seien.

5.2 In Bezug auf die vom Berufungskläger geltend gemachten Ausführungen zur gesundheitlichen Situation der Berufungsbeklagten gibt es aus prozessualer Sicht keine Bemerkungen. Im Rahmen der materiellen Erwägungen wird auf die vorgebrachten neuen Tatsachen eingegangen.

5.3 Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils im Rahmen der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). E contrario erwachsen nicht angefochtene Urteilsziffern nach Ablauf der Rechtsmittelfrist in Rechtskraft. Der Berufungskläger hat mit der Berufung vom 16. Juli 2021 die Ziffern 4 bis 6 (nachehelicher Unterhalt, Konkubinatsklausel, Anrechnung einer später zugesprochenen IV-Rente) des

vorinstanzlichen Urteils angefochten. Die restlichen Urteilsziffern, u.a. die Obhutsregelung des minderjährigen Sohnes und dessen Unterhaltsbeitrag, blieben unangefochten und sind in Rechtskraft erwachsen. Sie sind daher nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.

Eine Noveneingabe im Sinn von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu diesen Themen ist daher unbeachtlich. Daran ändert nichts, dass für die Kinderbelange die *Offizialmaxime* gilt (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Der Anwendungsbereich der *Offizialmaxime* hat grundsätzlich keinen Einfluss auf den Umfang des Streitgegenstands. Es ist jedenfalls im Ermessen des Klägers, die Streitsache beim Gericht anhängig zu machen. Die staatliche Behörde wird auch im Anwendungsbereich der *Offizialmaxime* nicht von sich aus tätig. Dasselbe gilt für das Rechtsmittelverfahren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_663/2001 E. 4.5.3; BGE 93 II 220).

Nach dem Gesagten sind die vom Berufungskläger geltend gemachten Noven im Zusammenhang mit der behaupteten Wohnsitzverlegung des Sohnes C.____ zum Vater nach Ablauf der Berufungsfrist für das Berufungsverfahren unbeachtlich. Der Berufungskläger muss ein Abänderungsverfahren anhängig machen, wenn er die Obhut über den Sohn und die Neuregelung der Unterhaltspflicht für diesen beantragen will. Auf den hier nachträglich gestellten Antrag, dass die Berufungsbeklagte zur Zahlung eines Unterhaltsbeitrages an den Sohn zu verurteilen sei, kann wegen Eintritts der Rechtskraft von Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils nicht eingetreten werden. Ebenso wenig kann die Tatsache des geltend gemachten Obhutswechsels im Rahmen der Berechnung des nahehelichen Unterhalts berücksichtigt werden, zumal für dessen Beurteilung die *Verhandlungsmaxime* gilt (Art. 277 Abs. 1 ZPO) und demzufolge neue Tatsache in diesem Zusammenhang im Rahmen der Berufungsbegründung geltend gemacht werden müssen (*Dispositionsmaxime*; Art. 317 Abs. 1 i.V.m. 58 Abs. 1 ZPO).

6.1 Der Berufungskläger rügt vor allem die vorinstanzliche Feststellung, dass die Berufungsbeklagte dauernd zu 100 % arbeitsunfähig sei, obwohl andererseits erwogen worden sei, die eingereichten Arztzeugnisse ergäben für sich allein keinen im Ansatz stichhaltigen Beleg der Arbeitsunfähigkeit der Berufungsbeklagten. Dennoch sei die Vorderrichterin von einer 100 %-igen und dauernden Arbeitsunfähigkeit ausgegangen, weil die eingereichten Arztzeugnisse von verschiedenen Fachpersonen ausgestellt worden seien. Er hält fest, sie habe zu Recht, das Zeugnis von Dr. [...] vom 18. Februar 2020 als wenig aussagekräftig beurteilt. Er rügt weiter, beim Zeugnis von Dr. [...], handle es sich um ein Formularzeugnis, das sich weder über die Art der Erkrankung noch über die Möglichkeit bzw. den Umfang künftiger Arbeitsbelastungen äussere. Beim Zeugnis von Dr. [...] vom 11. Februar 2021 handle es sich wiederum um ein pauschal gehaltenes Formularzeugnis. Er bestreite den engen Zusammenhang zwischen dem Zeugnis von Dr. [...] vom 25. Februar 2021 und dem Untersuchungsbericht vom 11. Februar 2021 nicht. Dieser äussere sich jedoch nicht zur Arbeitsfähigkeit. Die Arbeitsunfähigkeit der Berufungsbeklagten sei auch nur bis zum 31. März 2021 bescheinigt. Von einer länger andauernden Arbeitsunfähigkeit gehe weder der Untersuchungsbericht noch das Arztzeugnis aus.

Die Vorinstanz hat sich auf den Seiten 14 bis 17 des angefochtenen Urteils ausführlich mit den Arztzeugnissen und ■berichten der Berufungsbeklagten sowie ihren Aussagen im Rahmen der Parteibefragung auseinandergesetzt, diese kritisch gewürdigt und kam schliesslich zum Schluss, dass sich die gesundheitlichen Beschwerden der Berufungsbeklagten in letzter Zeit akzentuiert hätten. Die vom Berufungskläger dagegen vorgebrachten Argumente bleiben appellatorisch und vermögen das Gesamtbild, das die

Vorinstanz aufgrund der sorgfältigen Analyse des Beweismaterials gezeichnet hat, nicht zu erschüttern. Zutreffend ist, dass die Arbeitsfähigkeit der Berufungsbeklagten im Eheschutzverfahren noch anders beurteilt wurde. Indessen kann der Berufungskläger daraus nichts für sich herleiten. Die inzwischen fortgeschrittenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Berufungsbeklagten haben gezeigt, dass die damalige Einschätzung falsch war. Das Beweisergebnis der Vorderrichterin ist jedenfalls nicht zu beanstanden. Nur der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die von der Berufungsbeklagten im Verlauf des Berufungsverfahrens eingereichten Urkunden die Schlussfolgerung der Vorinstanz bestätigen (vgl. E. 7.2 unten).

6.2 Der Berufungskläger rügt weiter, dass die Vorinstanz die Anmeldung der Berufungsbeklagten zum Leistungsbezug bei der IV als Indiz für die aktuelle Arbeitsunfähigkeit gewertet habe. Es kann offen gelassen werden, wie es sich damit verhält. Inzwischen hat die Berufungsbeklagte mit der Berufungsantwort, und damit rechtzeitig gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO, belegt, dass die Abklärungen der IV ergeben haben, dass wegen ihres Gesundheitszustandes zurzeit keine berufliche Eingliederung möglich sei (Urk. 40 der Berufungsbeklagten) und deshalb ihr Rentenanspruch geprüft werde. Das ist jedenfalls ein starkes Indiz für eine andauernde Arbeitsunfähigkeit der Berufungsbeklagten, zumal die berufliche Eingliederung der Ausrichtung von Rentenleistungen der IV vorgeht. Die heutige Aktenlage lässt jedenfalls keinen Zweifel mehr daran, dass die Berufungsbeklagte seit rund eineinhalb Jahren andauernd arbeitsunfähig ist.

Es ist unklar, was der Berufungskläger mit seinem Hinweis, es gehe aus den Berichten [zum Gesundheitszustand der Ehefrau] klar hervor, dass die [Wiedererlangung der] Arbeitsfähigkeit als Ziel definiert sei, sagen will. Es ist gerichtsnotorisch, dass das oberste Ziel der IV die Förderung von behinderten Personen ist, damit diese ihren Lebensunterhalt ganz oder teilweise aus eigener Kraft bestreiten können. Indessen hilft das vorliegend nicht weiter. Durch die im Berufungsverfahren eingereichte Urkunde 40 der Berufungsbeklagten steht jedenfalls fest, dass ihre Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess derzeit nicht möglich ist.

Die Arbeitsunfähigkeit der Berufungsbeklagten zur Zeit des vorinstanzlichen Urteils wird vom Berufungskläger zu Recht nicht in Frage gestellt. Unter diesen Umständen spielt es auch keine Rolle, weshalb diese ihre frühere Erwerbstätigkeit aufgegeben hatte. Aufgrund ihrer derzeitigen gesundheitlichen Situation steht eine berufliche Reintegration derzeit nicht im Raum. Für die Beurteilung des nahehelichen Unterhalts gemäss Art. 125 ZGB sind die Gründe für die Aufgabe ihrer früheren Erwerbstätigkeit nicht mehr von Belang.

6.3 Der Berufungskläger macht weiter geltend, die Parteien hätten sich am 25. November 2017 getrennt. Es sei immer klar gewesen, dass die Trennung endgültig sei. Eine Wiedervereinigung sei nie konkret zur Diskussion gestanden. Die gesundheitlichen Probleme der Ehefrau seien erst vier Jahre später, im Januar 2021 konkret geworden. Die Arbeitsunfähigkeit sei erst ab 25. Februar 2021 nachgewiesen. Die Berufungsbeklagte weist darauf hin, dass ihre gesundheitlichen Probleme während der Ehe und lange vor der Trennung aufgetreten seien. Seit 1998 sei sie immer wieder in psychiatrischer Behandlung gewesen, was vom Berufungskläger vorinstanzlich nicht bestritten wurde.

Mit den zutreffenden Ausführungen der Vorderrichterin unter Ziffer II E. 5.6.d) auf Seite 17 des Urteils und der dort zitierten Rechtsprechung setzt sich der Berufungskläger nicht auseinander. Er belässt es bei der Behauptung, dass die Rechtsanwendung der

Vorderrichterin falsch sei und hier ein Ausnahmefall vorliege. Woraus sich der Ausnahmefall konkret ergibt, begründet er nicht. Aktenwidrig führt der Berufungskläger aus, die Berufungsbeklagte mache gesundheitliche Schwierigkeiten erst seit Anfang 2021 geltend (Beweissatz, BS 53), zumal ihr Hausarzt bestätigte, dass er sie seit Januar 2018 ununterbrochen behandle (Klageantwortbeilage, KAB, 9 der Ehefrau) und sie in der Parteibefragung geschildert hatte, dass sei seit 1998 regelmässig in [] Behandlung sei. Widersprüchlich verhält sich der Berufungskläger ausserdem, wenn er der Berufungsbeklagten andererseits vorwirft, sie hätte sich schon früher in ärztliche Behandlung begeben und bei der IV anmelden müssen (BS 34).

Wie lange die Berufungsbeklagte bereits krank und deswegen ganz oder teilweise arbeitsunfähig war, ist vorliegend irrelevant, zumal rechtsgenügend nachgewiesen ist, dass die Verschlechterung ihres Gesundheitszustands vor Abschluss des Ehescheidungsverfahrens eingetreten und derzeit nicht mit einer Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit zu rechnen ist. Die Ausführungen des Berufungsklägers darüber, dass die Berufungsbeklagte den Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens durch die Inanspruchnahme von Fristerstreckungen hinausgezögert habe, sind irrelevant. Ohnehin liegt die Prozessleitung in den Händen der Instruktionsrichterin und es ist nicht ersichtlich, dass diese den Prozess nicht mit der gebotenen Konsequenz vorangetrieben hätte. Der Berufungskläger ist demnach unterhaltspflichtig gegenüber der Berufungsbeklagten.

7.1 Der Berufungskläger verlangt, dass der Berufungsbeklagten ein hypothetisches Einkommen angerechnet werde. Nachdem die IV festgestellt hat, dass zurzeit keine berufliche Eingliederung der Berufungsbeklagten möglich sei, steht fest, dass sie nicht erwerbsfähig ist. Daher kommt auch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nicht in Frage. Für den Fall, dass die Berufungsbeklagte eine IV-Rente zugesprochen erhält, hat die Vorderrichterin bereits deren Anrechnung an den Unterhaltsbeitrag verfügt, was unbestritten geblieben ist. Das von der Vorinstanz errechnete monatliche Nettoeinkommen des Berufungsklägers von CHF 5'683.00 (inkl. 13. Monatslohn, ohne Kinder- und Ausbildungszulagen) ist ebenfalls unbestritten geblieben.

7.2.1 Der Berufungskläger macht in BS 59 ff. der Berufung weiter geltend, dass in seinem Bedarf auch Auslagen für Steuern, ein GA und die Unterstützung der beiden mündigen Kinder zu berücksichtigen seien. Hingegen legt er seinen Berechnungen einen anderen Sachverhalt als die Vorderrichterin zugrunde, da er zusätzlich ein hypothetisches Einkommen der Berufungsklägerin berücksichtigt und damit von einem höheren Familieneinkommen als die Vorderrichterin ausgeht. Unklar ist, ob sich die Geltendmachung von weiteren Auslagen nur auf den von ihm ergänzten Sachverhalt beziehen. Aufgrund dessen ist der Vollständigkeit halber nachstehend auf die zusätzlich geltend gemachten Auslagen einzugehen.

7.2.2 Das Bundesgericht hat in BGE 147 III 265 E. 7.3 zur Reihenfolge in der die einzelnen Familienmitglieder Unterhalt beanspruchen können folgendes ausgeführt: Zuerst ist der Barunterhalt der minderjährigen Kinder und im Anschluss der Betreuungsunterhalt (BGE 144 III 481 E. 4.3, S. 289), sodann allfälliger (nach-)ehelicher Unterhalt (Art. 276a Abs. 1 ZGB) und abschliessend der Volljährigenunterhalt zu decken (BGE 132 III 209 E. 2.3. S. 211). Am Grundsatz, wonach Letzterer nachgeht, ändert auch der neue Art. 276a Abs. 2 ZGB nichts (BGE 146 III 169 E. 4.2 S. 172 ff.). Die Botschaft hält im Zusammenhang mit Art. 276a Abs. 1 ZGB fest, dass der gesamte gebührende Unterhalt des Kindes dem (nach-)ehelichen Unterhalt vorgehe (BB1 2014 574). Der Volljährigenunterhalt müsse

dagegen nicht nur hinter dem betriebs-, sondern hinter dem familienrechtlichen Existenzminimum der übrigen Familienmitglieder zurückstehen, weil jene bei genügenden Mitteln grundsätzlich Anspruch auf dieses hätten (vgl. BGE 147 III 265 E. 7.2 und dort zitierte Rechtsprechung).

7.2.3 Der Berufungskläger bemängelt die von der Vorinstanz in seinem Bedarf berücksichtigten Auslagen von total CHF 3'088.000 nicht. Er verlangt, dass zusätzlich die Auslagen für Steuern und Mobilität (ausserhalb des Arbeitswegs) berücksichtigt werden. Die zusätzlich reklamierten Auslagen gehören nach den «Richtlinien der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums» (zuletzt veröffentlicht in: BISchK 2009 S. 193 ff.) nicht zum Existenzminimum. Da das Familieneinkommen von total CHF 5'883.00 netto (inkl. Kinderzulage von CHF 200.00) nicht ausreicht, um den familienrechtlichen Bedarf des Berufungsklägers, des minderjährigen Sohnes und der Berufungsbeklagten zu decken, können die vom Berufungskläger zusätzlich geltend gemachten Auslagen nach der oben zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht in seinem Bedarf berücksichtigt werden.

7.2.4 Auch die vom Berufungskläger für sich neu reklamierten Auslagen für den minderjährigen Sohn sind vorliegend nicht zu berücksichtigen, da dessen Umzug erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist stattgefunden hat (vgl. E. 5.3 hievor). Falsch ist die Behauptung des Berufungskläger, dass es sich beim Unterhalt des Sohnes um zusätzliche Auslagen handle, zumal dessen Bedarf für die Bemessung des Kinderunterhalts festgestellt wurde. Soweit der Berufungskläger hier zusätzlich dazu für den Sohn Auslagen geltend macht, gilt das oben Gesagte, dass wegen der engen finanziellen Verhältnisse nur das Existenzminimum berücksichtigt werden kann.

7.2.5 Es bleibt daher bei dem von der Vorderrichterin in Ziffer 4 des angefochtenen Urteils zugesprochenen Unterhaltsbeitrag an die Berufungsbeklagte. Die Berufung des Ehemannes muss abgewiesen werden.

III.

1.1 Beide Parteien haben von der anderen für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss und ev. die unentgeltliche Rechtspflege beantragt.

Die Prozessarmut des Berufungsklägers ist offensichtlich und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

1.2.1 Der Antrag der Berufungsbeklagten auf Erhalt eines Parteikostenvorschusses ev. die unentgeltliche Rechtspflege vom 14. September 2021 wurde dem Berufungskläger zur Kenntnis zugestellt, worauf dieser die Edition von sämtlichen Bankauszügen von sämtlichen Bankkonten lautend auf B.____ bei der [...] für die Jahre 2019 bis 2022 und sämtliche Auszüge des Bankkontos bei der [...] lautend auf den Lebenspartner der Berufungsbeklagten für die Jahre 2019 bis 2022 beantragte.

Die Gegenpartei des Hauptprozesses ist im Verfahren zur Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht förmlich Partei, weshalb Art. 253 ZPO (Stellungnahme) nicht zur Anwendung gelangt. Sie kann gemäss Art. 119 Abs. 3 ZPO angehört werden. Für ihre diesbezüglichen Aufwendungen ist der angehörten Partei mangels Parteistellung im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege jedoch keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Viktor Rüegg/Michael Rüegg in Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl., N. 9 zu Art. 119

ZPO mit Hinweisen; BGE 139 III 334 E. 4.1). Auch auf die vom Berufungskläger in diesem Zusammenhang gestellten Beweisanträge kann mangels Parteistellung nicht eingetreten werden. Seine diesbezüglichen Aufwendungen sind nach dem Gesagten im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nicht zu entschädigen.

1.2.2 Die Berufungsbeklagte hatte gemäss Steuererklärung 2020 am 31. Dezember 2020 ein Barvermögen von rund CHF 45'000.00. Per Februar 2022 beliefen sich die Saldi ihrer Konti noch auf rund CHF 2'000.00, was als Vermögen im Rahmen des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege unbeachtlich ist.

Die Berücksichtigung von allfälligem Vermögen setzt voraus, dass dieses im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung tatsächlich vorhanden und verfügbar ist (Urteil des Bundesgerichts 5A_509/2009). Die unentgeltliche Rechtspflege darf nicht verweigert werden, weil die gesuchstellende Partei ihre Mittellosigkeit selber verschuldet hat (BGE 108 Ia 108 E. 5b, 104 Ia 31 E. 4, 99 Ia 437 E. 3c, 58 I 285 E. 5), was vorliegend nicht völlig auszuschliessen ist. Hingegen steht der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Sie ist daher zu verweigern, wenn die gesuchstellende Partei gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess auf Einkommen verzichtet, oder sich gewisser Vermögenswerte entäussert hat, nur um auf Staatskosten prozessieren zu können (BGE 143 III 233 E. 3.4, 126 I 165 E. 3b, 104 Ia 31 E. 4; Urteile des Bundesgerichts 5A_86/2012 E. 4.1, 5A_590/2009 E. 3.3.1).

Hinweise auf eine Vermögensentäusserung der Berufungsbeklagten im Hinblick auf das zu führende Verfahren gibt es keine. Ohnehin hat nicht sie, sondern der Berufungskläger, das Berufungsverfahren angehoben. Selbst wenn die Bezahlung der gesamten Miete trotz gemeinsamer vertraglicher Verpflichtung mit dem Lebenspartner vorliegend u.U. als Vermögensentäusserung angesehen werden könnte, änderte das nichts daran, dass der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist, zumal das bei hälftiger Mietzinszahlung gesparte Vermögen vom Vertragsbeginn im September 2019 bis August 2022 CHF 24'000.00 betragen würde, was ihr zusammen mit dem verbliebenen Saldo von CHF 2'000.00 aufgrund ihrer finanziellen Gesamtsituation fast vollständig als Notgroschen belassen werden müsste. Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind daher erfüllt.

Da die Berufungsbeklagte vorliegend nicht kostenpflichtig wird, wird die unentgeltliche Rechtspflege im Umfang der Ausfallhaftung des Staates bewilligt.

2. Gemäss Art. 106 ZPO sind die Prozesskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. U.a. in familienrechtlichen Prozessen können die Kosten nach Ermessen auferlegt werden (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Berufungskläger ist vollständig unterlegen. Ihm sind daher die Gerichts- und die Parteikosten der Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Gründe, um von diesem Grundsatz abzuweichen gibt es vorliegend nicht.

Die Gerichtskosten sind aufgrund des Umfangs und der Schwierigkeit des Verfahrens auf CHF 3'000.00 festzulegen, zahlbar aufgrund der dem Berufungskläger gewährten unentgeltlichen Rechtspflege durch den Staat Solothurn. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates innert 10 Jahren gemäss Art. 123 ZPO.

E. 5

Lebt B.____ während mehr als fünf Jahren mit dem gleichen Partner zusammen, was mit dem heutigen Partner voraussichtlich per 30. September 2024 der Fall sein wird, so entfällt die Unterhaltspflicht.

E. 5.1

Der Berufungskläger hat in zwei Noveneingaben im Berufungsverfahren neue Tatsachen geltend gemacht. Das Bundesgericht hat in BGE 142 III 40 E. 5.3 ausgeführt, dass neue Vorbringen, mit denen geänderte Verhältnisse behauptet und belegt werden könnten, nicht einfach in das Abänderungsverfahren verwiesen werden dürften, sondern im Rahmen der Berufung gegen das Scheidungsurteil zu prüfen und zu berücksichtigen seien, wenn und soweit sie sich nach Art. 317 Abs. 1 ZPO als zulässig erwiesen. Das gilt in dem Umfang, als vor Ablauf der Rechtsmittelfrist bekannte Abänderungsgründe im Rechtsmittelverfahren gerügt und korrigiert werden können. In BGE 144 III 349 E. 4.2.1 S. 352 hat das Bundesgericht überdies erwogen, dass dort wo die Untersuchungsmaxime gelte und der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen erforschen müsse, Noven [im Berufungsverfahren] auch über den Grenzen von Art. 317 Abs. 1 ZPO hinaus zulässig seien.

E. 5.2

In Bezug auf die vom Berufungskläger geltend gemachten Ausführungen zur gesundheitlichen Situation der Berufungsbeklagten gibt es aus prozessualer Sicht keine Bemerkungen. Im Rahmen der materiellen Erwägungen wird auf die vorgebrachten neuen Tatsachen eingegangen.

E. 5.3

Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils im Rahmen der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). E contrario erwachsen nicht angefochtene Urteilsziffern nach Ablauf der Rechtsmittelfrist in Rechtskraft. Der Berufungskläger hat mit der Berufung vom 16. Juli 2021 die Ziffern 4 bis 6 (nachehelicher Unterhalt, Konkubinatsklausel, Anrechnung einer später zugesprochenen IV-Rente) des vorinstanzlichen Urteils angefochten. Die restlichen Urteilsziffern, u.a. die Obhutsregelung des minderjährigen Sohnes und dessen Unterhaltsbeitrag, blieben unangefochten und sind in Rechtskraft erwachsen. Sie sind daher nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. Eine Noveneingabe im Sinn von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu diesen Themen ist daher unbeachtlich. Daran ändert nichts, dass für die Kinderbelange die Offizialmaxime gilt (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Der Anwendungsbereich der Offizialmaxime hat grundsätzlich keinen Einfluss auf den Umfang des Streitgegenstands. Es ist jedenfalls im Ermessen des Klägers, die Streitsache beim Gericht anhängig zu machen. Die staatliche Behörde wird auch im Anwendungsbereich der Offizialmaxime nicht von sich aus tätig. Dasselbe gilt für das Rechtsmittelverfahren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_663/2001 E. 4.5.3; BGE 93 II 220). Nach dem Gesagten sind die vom Berufungskläger geltend gemachten Noven im Zusammenhang mit der behaupteten Wohnsitzverlegung des Sohnes C.____ zum Vater nach Ablauf der Berufungsfrist für das Berufungsverfahren unbeachtlich. Der Berufungskläger muss ein Abänderungsverfahren anhängig machen, wenn er die Obhut über den Sohn und die Neuregelung der Unterhaltspflicht für diesen beantragen will. Auf den hier nachträglich gestellten Antrag, dass die Berufungsbeklagte zur Zahlung eines Unterhaltsbeitrages an den Sohn zu verurteilen sei, kann wegen Eintritts der Rechtskraft von Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils nicht eingetreten werden. Ebenso wenig kann die Tatsache des

geltend gemachten Obhutswechsels im Rahmen der Berechnung des nahehelichen Unterhalts berücksichtigt werden, zumal für dessen Beurteilung die Verhandlungsmaxime gilt (Art. 277 Abs. 1 ZPO) und demzufolge neue Tatsache in diesem Zusammenhang im Rahmen der Berufungsbegründung geltend gemacht werden müssen (Dispositionsmaxime; Art. 317 Abs. 1 i.V.m. 58 Abs. 1 ZPO).

E. 6

Am 30. Dezember 2021 reichte der Berufungskläger eine Noveneingabe ein, worin er die Einvernahme der Zeugin [...] beantragte. Die Berufungsbeklagte nahm dazu am 12. Januar 2022 fristgemäss Stellung. Sie beantragte, die Abweisung des Beweisantrags, eventualiter sei zusätzlich die Krankenakte der Zeugin einzuholen. Gleichzeitig reichte sie eine ergänzte Kostennote ein.

E. 6.1

Der Berufungskläger rügt vor allem die vorinstanzliche Feststellung, dass die Berufungsbeklagte dauernd zu 100 % arbeitsunfähig sei, obwohl andererseits erwogen worden sei, die eingereichten Arztzeugnisse ergäben für sich allein keinen im Ansatz stichhaltigen Beleg der Arbeitsunfähigkeit der Berufungsbeklagten. Dennoch sei die Vorderrichterin von einer 100 %-igen und dauernden Arbeitsunfähigkeit ausgegangen, weil die eingereichten Arztzeugnisse von verschiedenen Fachpersonen ausgestellt worden seien. Er hält fest, sie habe zu Recht, das Zeugnis von Dr. [...] vom 18. Februar 2020 als wenig aussagekräftig beurteilt. Er rügt weiter, beim Zeugnis von Dr. [...], handle es sich um ein Formularzeugnis, das sich weder über die Art der Erkrankung noch über die Möglichkeit bzw. den Umfang künftiger Arbeitsbelastungen äussere. Beim Zeugnis von Dr. [...] vom 11. Februar 2021 handle es sich wiederum um ein pauschal gehaltenes Formularzeugnis. Er bestreite den engen Zusammenhang zwischen dem Zeugnis von Dr. [...] vom 25. Februar 2021 und dem Untersuchungsbericht vom 11. Februar 2021 nicht. Dieser äussere sich jedoch nicht zur Arbeitsfähigkeit. Die Arbeitsunfähigkeit der Berufungsbeklagten sei auch nur bis zum 31. März 2021 bescheinigt. Von einer länger andauernden Arbeitsunfähigkeit gehe weder der Untersuchungsbericht noch das Arztzeugnis aus. Die Vorinstanz hat sich auf den Seiten 14 bis 17 des angefochtenen Urteils ausführlich mit den Arztzeugnissen und –berichten der Berufungsbeklagten sowie ihren Aussagen im Rahmen der Parteibefragung auseinandergesetzt, diese kritisch gewürdigt und kam schliesslich zum Schluss, dass sich die gesundheitlichen Beschwerden der Berufungsbeklagten in letzter Zeit akzentuiert hätten. Die vom Berufungskläger dagegen vorgebrachten Argumente bleiben appellatorisch und vermögen das Gesamtbild, das die Vorinstanz aufgrund der sorgfältigen Analyse des Beweismaterials gezeichnet hat, nicht zu erschüttern. Zutreffend ist, dass die Arbeitsfähigkeit der Berufungsbeklagten im Eheschutzverfahren noch anders beurteilt wurde. Indessen kann der Berufungskläger daraus nichts für sich herleiten. Die inzwischen fortgeschrittenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Berufungsbeklagten haben gezeigt, dass die damalige Einschätzung falsch war. Das Beweisergebnis der Vorderrichterin ist jedenfalls nicht zu beanstanden. Nur der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die von der Berufungsbeklagten im Verlauf des Berufungsverfahrens eingereichten Urkunden die Schlussfolgerung der Vorinstanz bestätigen (vgl. E.

E. 6.2

Der Berufungskläger rügt weiter, dass die Vorinstanz die Anmeldung der Berufungsbeklagten zum Leistungsbezug bei der IV als Indiz für die aktuelle Arbeitsunfähigkeit gewertet habe. Es kann offen gelassen werden, wie es sich damit verhält. Inzwischen hat die Berufungsbeklagte mit der Berufungsantwort, und damit rechtzeitig gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO, belegt, dass die Abklärungen der IV ergeben haben, dass wegen ihres Gesundheitszustandes zurzeit keine berufliche Eingliederung möglich sei (Urk. 40 der Berufungsbeklagten) und deshalb ihr Rentenanspruch geprüft werde. Das ist jedenfalls ein starkes Indiz für eine andauernde Arbeitsunfähigkeit der Berufungsbeklagten, zumal die berufliche Eingliederung der Ausrichtung von Rentenleistungen der IV vorgeht. Die heutige Aktenlage lässt jedenfalls keinen Zweifel mehr daran, dass die Berufungsbeklagte seit rund eineinhalb Jahren andauernd arbeitsunfähig ist. Es ist unklar, was der Berufungskläger mit seinem Hinweis, es gehe aus den Berichten [zum Gesundheitszustand der Ehefrau] klar hervor, dass die [Wiedererlangung der] Arbeitsfähigkeit als Ziel definiert sei, sagen will. Es ist gerichtsnotorisch, dass das oberste Ziel der IV die Förderung von behinderten Personen ist, damit diese ihren Lebensunterhalt ganz oder teilweise aus eigener Kraft bestreiten können. Indessen hilft das vorliegend nicht weiter. Durch die im Berufungsverfahren eingereichte Urkunde 40 der Berufungsbeklagten steht jedenfalls fest, dass ihre Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess derzeit nicht möglich ist. Die Arbeitsunfähigkeit der Berufungsbeklagten zur Zeit des vorinstanzlichen Urteils wird vom Berufungskläger zu Recht nicht in Frage gestellt. Unter diesen Umständen spielt es auch keine Rolle, weshalb diese ihre frühere Erwerbstätigkeit aufgegeben hatte. Aufgrund ihrer derzeitigen gesundheitlichen Situation steht eine berufliche Reintegration derzeit nicht im Raum. Für die Beurteilung des nahehelichen Unterhalts gemäss Art. 125 ZGB sind die Gründe für die Aufgabe ihrer früheren Erwerbstätigkeit nicht mehr von Belang.

E. 6.3

Der Berufungskläger macht weiter geltend, die Parteien hätten sich am 25. November 2017 getrennt. Es sei immer klar gewesen, dass die Trennung endgültig sei. Eine Wiedervereinigung sei nie konkret zur Diskussion gestanden. Die gesundheitlichen Probleme der Ehefrau seien erst vier Jahre später, im Januar 2021 konkret geworden. Die Arbeitsunfähigkeit sei erst ab 25. Februar 2021 nachgewiesen. Die Berufungsbeklagte weist darauf hin, dass ihre gesundheitlichen Probleme während der Ehe und lange vor der Trennung aufgetreten seien. Seit 1998 sei sie immer wieder in psychiatrischer Behandlung gewesen, was vom Berufungskläger vorinstanzlich nicht bestritten wurde. Mit den zutreffenden Ausführungen der Vorderrichterin unter Ziffer II E. 5.6.d) auf Seite 17 des Urteils und der dort zitierten Rechtsprechung setzt sich der Berufungskläger nicht auseinander. Er belässt es bei der Behauptung, dass die Rechtsanwendung der Vorderrichterin falsch sei und hier ein Ausnahmefall vorliege. Woraus sich der Ausnahmefall konkret ergibt, begründet er nicht. Aktenwidrig führt der Berufungskläger aus, die Berufungsbeklagte mache gesundheitliche Schwierigkeiten erst seit Anfang 2021 geltend (Beweissatz, BS 53), zumal ihr Hausarzt bestätigte, dass er sie seit Januar 2018 ununterbrochen behandle (Klageantwortbeilage, KAB, 9 der Ehefrau) und sie in der Parteibefragung geschildert hatte, dass sei seit 1998 regelmässig in [...] Behandlung sei. Widersprüchlich verhält sich der Berufungskläger ausserdem, wenn er der Berufungsbeklagten andererseits vorwirft, sie hätte sich schon früher in ärztliche Behandlung begeben und bei der IV anmelden müssen (BS 34). Wie lange die Berufungsbeklagte bereits krank und deswegen ganz oder teilweise arbeitsunfähig war, ist

vorliegend irrelevant, zumal rechtsgenügend nachgewiesen ist, dass die Verschlechterung ihres Gesundheitszustands vor Abschluss des Ehescheidungsverfahrens eingetreten und derzeit nicht mit einer Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit zu rechnen ist. Die Ausführungen des Berufungsklägers darüber, dass die Berufungsbeklagte den Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens durch die Inanspruchnahme von Fristerstreckungen hinausgezögert habe, sind irrelevant. Ohnehin liegt die Prozessleitung in den Händen der Instruktionsrichterin und es ist nicht ersichtlich, dass diese den Prozess nicht mit der gebotenen Konsequenz vorangetrieben hätte. Der Berufungskläger ist demnach unterhaltspflichtig gegenüber der Berufungsbeklagten.

E. 7

Am 18. Januar 2022 ging erneut unaufgefordert eine Replik des Berufungsklägers mit ergänzter Kostennote ein. Am folgenden Tag wurde beides der Berufungsbeklagten zur Kenntnis zugestellt. Am 25. Januar 2022 reichte die Berufungsbeklagte eine ergänzte Kostennote ein.

E. 7.1

Der Berufungskläger verlangt, dass der Berufungsbeklagten ein hypothetisches Einkommen angerechnet werde. Nachdem die IV festgestellt hat, dass zurzeit keine berufliche Eingliederung der Berufungsbeklagten möglich sei, steht fest, dass sie nicht erwerbsfähig ist. Daher kommt auch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nicht in Frage. Für den Fall, dass die Berufungsbeklagte eine IV-Rente zugesprochen erhält, hat die Vorderrichterin bereits deren Anrechnung an den Unterhaltsbeitrag verfügt, was unbestritten geblieben ist. Das von der Vorinstanz errechnete monatliche Nettoeinkommen des Berufungsklägers von CHF 5'683.00 (inkl. 13. Monatslohn, ohne Kinder- und Ausbildungszulagen) ist ebenfalls unbestritten geblieben.

E. 7.2

unten).

E. 7.2.1

Der Berufungskläger macht in BS 59 ff. der Berufung weiter geltend, dass in seinem Bedarf auch Auslagen für Steuern, ein GA und die Unterstützung der beiden mündigen Kinder zu berücksichtigen seien. Hingegen legt er seinen Berechnungen einen anderen Sachverhalt als die Vorderrichterin zugrunde, da er zusätzlich ein hypothetisches Einkommen der Berufungsklägerin berücksichtigt und damit von einem höheren Familieneinkommen als die Vorderrichterin ausgeht. Unklar ist, ob sich die Geltendmachung von weiteren Auslagen nur auf den von ihm ergänzten Sachverhalt beziehen. Aufgrund dessen ist der Vollständigkeit halber nachstehend auf die zusätzlich geltend gemachten Auslagen einzugehen.

E. 7.2.2

Das Bundesgericht hat in BGE 147 III 265 E. 7.3 zur Reihenfolge in der die einzelnen Familienmitglieder Unterhalt beanspruchen können folgendes ausgeführt: Zuerst ist der Barunterhalt der minderjährigen Kinder und im Anschluss der Betreuungsunterhalt (BGE 144 III 481 E. 4.3, S. 289), sodann allfälliger (nach-)ehelicher Unterhalt (Art. 276a Abs. 1 ZGB) und abschliessend der Volljährigenunterhalt zu decken (BGE 132 III 209 E. 2.3. S. 211). Am Grundsatz, wonach Letzterer nachgeht, ändert auch der neue Art. 276a Abs. 2 ZGB nichts (BGE 146 III 169 E. 4.2 S. 172 ff.). Die Botschaft hält im Zusammenhang

mit Art. 276a Abs. 1 ZGB fest, dass der gesamte gebührende Unterhalt des Kindes dem (nach-)ehelichen Unterhalt vorgehe (BBI 2014 574). Der Volljährigenunterhalt müsse dagegen nicht nur hinter dem betriebs-, sondern hinter dem familienrechtlichen Existenzminimum der übrigen Familienmitglieder zurückstehen, weil jene bei genügenden Mitteln grundsätzlich Anspruch auf dieses hätten (vgl. BGE 147 III 265 E. 7.2 und dort zitierte Rechtsprechung).

E. 7.2.3

Der Berufungskläger bemängelt die von der Vorinstanz in seinem Bedarf berücksichtigten Auslagen von total CHF 3'088.000 nicht. Er verlangt, dass zusätzlich die Auslagen für Steuern und Mobilität (ausserhalb des Arbeitswegs) berücksichtigt werden. Die zusätzlich reklamierten Auslagen gehören nach den «Richtlinien der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums» (zuletzt veröffentlicht in: BLSchK 2009 S. 193 ff.) nicht zum Existenzminimum. Da das Familieneinkommen von total CHF 5'883.00 netto (inkl. Kinderzulage von CHF 200.00) nicht ausreicht, um den familienrechtlichen Bedarf des Berufungsklägers, des minderjährigen Sohnes und der Berufungsbeklagten zu decken, können die vom Berufungskläger zusätzlich geltend gemachten Auslagen nach der oben zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht in seinem Bedarf berücksichtigt werden.

E. 7.2.4

Auch die vom Berufungskläger für sich neu reklamierten Auslagen für den minderjährigen Sohn sind vorliegend nicht zu berücksichtigen, da dessen Umzug erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist stattgefunden hat (vgl. E. 5.3 hievore). Falsch ist die Behauptung des Berufungsklägers, dass es sich beim Unterhalt des Sohnes um zusätzliche Auslagen handle, zumal dessen Bedarf für die Bemessung des Kinderunterhalts festgestellt wurde. Soweit der Berufungskläger hier zusätzlich dazu für den Sohn Auslagen geltend macht, gilt das oben Gesagte, dass wegen der engen finanziellen Verhältnisse nur das Existenzminimum berücksichtigt werden kann.

E. 7.2.5

Es bleibt daher bei dem von der Vorderrichterin in Ziffer 4 des angefochtenen Urteils zugesprochenen Unterhaltsbeitrag an die Berufungsbeklagte. Die Berufung des Ehemannes muss abgewiesen werden. III.

E. 8

Am 3. Februar 2022 reichte der Berufungskläger erneut eine Noveneingabe ein. Er teilte mit, dass der Sohn C. ___ ab dem 26. Februar 2022 bei ihm wohnen werde. Die Berufungsbeklagte liess sich dazu innert erstreckter Frist am 1. März 2022 vernehmen und stellte nun ebenfalls ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.

E. 9

Am 10. und 23. März 2022 reichte die Berufungsbeklagte weitere Urkunden im Hinblick auf die Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege ein, welche dem Berufungskläger zur Kenntnis zugestellt wurden.

E. 10

Am 1. April 2022 ging eine weitere Eingabe des Berufungsklägers ein. Er stellt neu folgende Anträge: 1. Der Antrag, es sei der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten einen Prozesskostenvorschuss von CHF 7'000.00 zu bezahlen, sei abzuweisen. 2. Über den Eventualantrag, es sei der Berufungsbeklagten für das Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, unter Beiordnung des Unterzeichneten als unentgeltlichen Rechtsbeistand, sei in richterlichem Ermessen zu entscheiden. 3. B. ___ sei zu verpflichten, sämtliche Bankauszüge von sämtlichen Bankkonti bei der [...]bank für die Jahre 2019 bis 2022 einzureichen. 4. B. ___ sei zu verpflichten, sämtliche Bankauszüge des Bankkontos bei [...] mit der IBAN [...], lautend auf sie und ihren Lebenspartner, für die Jahre 2019 bis 2022 einzureichen. 5. B. ___ sei zu verpflichten für C. ___ monatliche Unterhaltsbeiträge in richterlich zu bestimmender Höhe, jedoch mindestens monatlich CHF 1'200.00 als Barunterhalt zu bezahlen.

E. 11

Die Berufungsbeklagte liess sich dazu innert erstreckter Frist am 13. Mai 2022 vernehmen. Sie führt aus, es sei aktenkundig, dass sie seit 2019 kein Einkommen mehr erziele. Sie habe mit dem Geld aus dem Verkauf des Hauses und ihrer Erbschaft nicht nur laufende Ausgaben, sondern auch Schulden bezahlt. Aufgrund dessen sei das Geld inzwischen aufgebraucht. Die Art der Mittelverwendung sei ihre Sache. Sie verfüge im Übrigen über kein Konto bei der [...].

E. 12

Am 19. Mai 2022 liess sich der Berufungskläger unaufgefordert zur Eingabe der Berufungsbeklagten vom 13. Mai 2022 vernehmen. Er macht geltend, es handle sich um eine unbewiesene Behauptung, dass die Berufungsbeklagte mit ihrem Vermögen Schulden zurückgezahlt habe, zumal sie keine Schulden (mehr) gehabt habe. Ebenso wenig glaubhaft sei, dass sie die Erbschaft versehentlich nicht in der Steuererklärung deklariert habe. Bisher habe sie stets bestritten, eine Erbschaft erhalten zu haben. 13.1 Der Berufungskläger beantragte in seiner Noveneingabe vom 30. Dezember 2021 die Einvernahme von Frau [...] als Zeugin bezüglich des Gesundheitszustands der Berufungsbeklagten. Er macht geltend, bis zur Beratungsphase könnten im Berufungsverfahren neue Tatsachen eingebracht werden. Strittig sei u.a. die Arbeitsfähigkeit der Berufungsbeklagten. Frau [...] habe vom 3. September bis 15. Oktober 2021 bei der Berufungsbeklagten gewohnt. Sie habe sich erst jetzt entschieden, eine Aussage zu machen. Das Beweismittel werde daher ohne Verzug vorgebracht und sei zulässig. Die Zeugin könne bestätigen, dass die Berufungsbeklagte nicht immer [...] gegangen sei, Gartenarbeiten erledigen und Auto und Fahrrad fahren können. Die Berufungsbeklagte habe sie auch einmal im August 2021 mit dem Auto in [...] besucht. Die Aussagen der Zeugin seien entscheidungswesentlich und zeigten eine ganz andere Realität auf. Die Berufungsbeklagte nahm dazu am 12. Januar 2022 fristgerecht Stellung. Sie führt aus, die angerufene Zeugin leide an einer [...] Krankheit und sei [...]. Sie sei ausserdem [...]. Sie komme mit dem Leben überhaupt nicht zurecht. Das Zusammenleben mit ihr habe nicht funktioniert und die Kollegin sei schliesslich nach einem massiven Streit ausgezogen. In der Sache treffe es zu, dass sie sich zu Hause teilweise [...] fortbewege. Auch habe sie einen grünen Daumen und erledige wenige schonende Gartenarbeiten im Sitzen. Hingegen sei sie nicht in der Lage, Fahrrad oder Auto zu fahren. Unzutreffend sei auch, dass die Klinik in [...] sie nach Hause geschickt habe. Sie sei dort aktuell in stationärer Behandlung. Sie reichte als Beweismittel zwei Urkunden ein. Am 18. Januar 2022 ging eine weitere Stellungnahme des Berufungsklägers ein. Er macht geltend, die Ausführungen in

der Stellungnahme der Berufungsbeklagten seien frei erfunden. Frau [...] habe weder ein [...] noch sei sie [...] krank. Sie sei berufstätig. Der Berufungskläger habe am 29. Dezember 2021 von ihren Feststellungen erfahren und daraufhin unverzüglich seinen Rechtsvertreter informiert. Die Rechtzeitigkeit seiner Noveneingabe sei daher ausser Frage. In den Akten befinden sich diverse Arztzeugnisse, worin der Berufungsbeklagten für die fragliche Zeit eine Arbeitsunfähigkeit bescheinigt wird. Dr. [...] hat am 11. Februar 2021 zuhause des Hausarztes einen ausführlichen [...] Bericht über die Berufungsbeklagte verfasst. Darin geht die Fachärztin auf die von der Berufungsbeklagten geschilderten Beschwerden und den aufgrund ihrer umfangreichen Untersuchungen festgestellten gesundheitlichen Status ein, der sich mit der im MRT festgestellten [...] plausibilisieren lässt. Der Gesundheitszustand der Berufungsbeklagten ist somit von fachärztlicher Seite belegt. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass von der angerufenen Zeugin, offenbar einer medizinischen Laiin, derart qualifizierte Informationen gewonnen werden können, welche die von der Fachärztin gestellten Diagnosen in Frage stellen könnten. Zudem können die Beobachtungen der Zeugin, die offenbar inzwischen mit der Berufungsbeklagten zerstritten ist, nur einen persönlichen Eindruck vermitteln, wohingegen die in den Akten befindlichen Untersuchungsergebnisse auf einer fachärztlichen Untersuchung beruhen. Ebenfalls belegt sind die diversen Therapien, denen sich die Berufungsbeklagte unterziehen muss und die Medikamente, auf die sie angewiesen ist. Die Berufungsbeklagte hat mit ihrer Stellungnahme einen aktuellen Arztbericht eingereicht. Auch hat die IV inzwischen bestätigt, dass eine berufliche Eingliederung der Berufungsbeklagten derzeit nicht möglich sei. Die aktuelle Arbeitsunfähigkeit der Berufungsbeklagten ist demnach von fachlich versierter Seite ausreichend dokumentiert. Auf die Einvernahme der Zeugin kann daher verzichtet werden. Dasselbe gilt für die eingereichte schriftliche Stellungnahme der angerufenen Zeugin soweit dieser überhaupt Beweisqualität zugesprochen werden kann. Das gilt auch für die schriftliche Stellungnahme des Lebenspartners der Berufungsbeklagten. Da von der Zeugin folglich keine relevanten Informationen erwartet werden können, wird der Beweisantrag auf ihre Einvernahme abgewiesen. 13.2.1 Am 3. Februar 2022 reichte der Berufungskläger eine weitere Noveneingabe ein. Er machte geltend, der unmündige Sohn C.____, der unter der Obhut der Mutter stehe, werde per 26. Februar 2022 seinen Wohnsitz definitiv zu ihm verlegen. Aufgrund dessen habe die Berufungsbeklagte nur noch für ihren eigenen Unterhalt zu sorgen, wo hingegen er nun auch noch für den Lebensunterhalt des Sohnes aufkommen müsse. Der Berufungsbeklagten müsse daher spätestens ab 1. März 2022 ein hypothetisches Einkommen bei voller Erwerbstätigkeit angerechnet werden. Zur rechtlichen Bedeutung der neuen Vorbringen äussert sich der Berufungskläger nicht. Er beantragt als Beweismittel für den neuen Sachverhalt eine Parteibefragung und die Befragung des Sohnes C.____. Die Berufungsbeklagte liess sich am 1. März 2022 dazu vernehmen. Sie macht geltend, C.____ habe aufgrund von Differenzen mit ihrem Lebenspartner tatsächlich den Wunsch geäussert, zum Vater zu ziehen. Ob es sich dabei um eine langfristige Entscheidung handle, sei schwierig zu sagen. 13.2.2 Die Obhut über den Sohn, dessen Wohnsitz und Unterhaltsbeitrag sind nicht Teil des Berufungsverfahrens. Der Berufungskläger hat die entsprechenden Ziffern des vorinstanzlichen Urteils innert der Rechtsmittelfrist nicht angefochten. Diese (Dispositiv Ziff. 2 und 3) sind folglich in Rechtskraft erwachsen (Art. 315 Abs. 1 ZPO e contrario; vgl. nachfolgend Ziff. II 5.3). Gemäss Art. 150 ZPO ist nur über rechtserhebliche Tatsachen Beweis zu führen. Rechtserheblich sind Tatsachen, die den Ausgang des Verfahrens beeinflussen können (Botschaft ZPO, 7311). Eine (neue) Tatsache,

die nicht das Prozessthema des Berufungsverfahrens, sondern einen rechtskräftigen Verfahrensteil betrifft, beeinflusst den Ausgang des Berufungsverfahrens nicht. Es erübrigen sich daher Beweissmassnahmen zu diesen Themen im vorliegenden Verfahren. Daran ändert auch die in Kinderbelangen geltende Oficialmaxime nichts, da diese keinen Einfluss auf das Prozessthema hat. Der Berufungskläger muss ein Abänderungsverfahren anheben, wenn er die Obhut über den Sohn erlangen will.

E. 14

Die Streitsache ist folglich spruchreif. Gestützt auf Art. 316 Abs. 1 Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) kann darüber ohne Durchführung einer Verhandlung aufgrund der Akten entschieden werden. Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen der Vorderrichterin wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachstehend darauf einzugehen. II. 1. Die Vorderrichterin hielt im Urteil vom 25. März 2021 zum angefochtenen Ehegattenunterhalt fest, der Ehe der Parteien seien drei Kinder entsprossen. Obwohl die Ehefrau während der Ehe in Teilzeit einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen sei, könne von einer klassischen Rollenverteilung gesprochen werden, in der sich die Ehefrau hauptsächlich um die Erziehung und Betreuung der Kinder gekümmert und deren Naturalunterhalt sichergestellt habe. Dieses Familienmodell sei während des Eheschutzverfahrens aufrechterhalten worden. Entsprechend sei diese Ausgangslage dem Urteil zugrunde zu legen. Die Parteien hätten bis zur Trennung 24 Jahre zusammengelebt. Aus der Ehe seien drei gemeinsame Kinder hervorgegangen. Es sei deshalb ohne Zweifel von einer lebensprägenden Ehe auszugehen. Zwar sei die Ehefrau bereits im Eheschutzverfahren zur Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit angehalten worden. Indessen berechtige die Gestaltung ihrer familiären Beziehung zweifellos zum Vertrauensschutz, da die Ehe wirtschaftlich gesehen nach der Scheidung weiterbestehe. Das scheine auch der Ehemann nicht per se anzuzweifeln. Weiter sei zu berücksichtigen, dass das Primat der Eigenversorgung gelte. Die Ehefrau verfüge derzeit neben den Unterhaltsbeiträgen über keinerlei Einnahmen, weshalb ihr gegebenenfalls ein hypothetisches Einkommen aufzurechnen sei. Die Vorderrichterin weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Berufungsbeklagte seit Januar 2018 diverse Arztzeugnisse vorweisen könne, in denen ihr eine 100 %-ige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt werde. Sie setzte sich ausführlich mit den verschiedenen im Recht liegenden Arztzeugnissen auseinander. Sie kam zum Schluss, dass einzig die Bescheinigung für den Zeitraum vom 17. Februar bis 31. März 2021 für die Frage des nahehelichen Unterhalts evident sei. Sie hielt weiter fest, die Regelmässigkeit der Therapiesitzungen und die medikamentöse Behandlung liessen kaum an einer gegenwärtigen schweren Erkrankung der Ehefrau zweifeln. Anzeichen für eine rein subjektiv geprägte Wahrnehmung lägen ebenso wenig vor wie Verhaltensweisen, die darauf hinwiesen, dass die Ehefrau die Krankheit vorschiebe. Aus diesem Grund sei der Nachweis für die geltend gemachte gesundheitliche Einschränkung der Versorgungskapazität erbracht. Trete während einer lebensprägenden Ehe eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes ein, habe das Gericht dies als Faktor bei der Beurteilung von Anspruch und Umfang des nahehelichen Unterhalts zu berücksichtigen, ohne Rücksicht darauf, ob die Verschlechterung ehebedingt sei oder nicht. Keine Rolle spiele auch, in welchem Zeitpunkt die anspruchsberechtigte Partei erkrankte. Insofern müsse hier unerheblich sein, wann genau die gesundheitlichen Probleme der Ehefrau Krankheitscharakter erreicht hätten. Das sei unbestrittenermassen vor dem Scheidungszeitpunkt gewesen. Die zu 100 % arbeitsunfähige Ehefrau sei nicht mehr im Stand, ihren monatlichen Bedarf mit eigenen Mitteln zu bestreiten. Es bestehe aktuell keine

Aussicht auf eine zeitnahe Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt. Der Ehemann sei daher im Rahmen der nahehelichen Beistandspflicht zur Zahlung eines Unterhaltsbeitrags verpflichtet, unter Anrechnung allfälliger Geldzahlungen der zuständigen Sozialträger. Die Anmeldung bei der IV sei von der Ehefrau nicht verschleppt worden. Der Hinweis auf den neuen Lebenspartner der Ehefrau ändere derzeit nichts an der Unterhaltspflicht des Ehemannes. Ein sogenanntes qualifiziertes Konkubinat sei erst anzunehmen, wenn dieses fünf Jahre angedauert habe. Bis dahin sei es am Ehemann nachzuweisen, dass die Gemeinschaft aufgrund anderer Faktoren eine genügende Stabilität aufweise aus denen hervorgehe, dass eheähnliche Verhältnisse vorlägen. Aufgrund der Akten stehe fest, dass die neue Lebensgemeinschaft der Ehefrau seit dem 1. September 2019 bestehe. In diesem Zeitpunkt hätten die Ehefrau und ihr Lebenspartner eine gemeinsame Wohnung bezogen. Der Ehemann arbeite mit einem 100 % Pensum in der [...] AG in [...]. Derzeit belaufe sich sein jährlicher Nettolohn auf CHF 73'598.00 inkl. zwei Kinder- bzw. Ausbildungszulagen im Betrag von total CHF 450.00 pro Monat. Monatlich mache das ohne Kinder- und Ausbildungszulagen aber inkl. Anteil 13. Monatslohn CHF 5'683.00 netto aus. Die Ehefrau verfüge über kein anrechenbares Einkommen. Der unmündige Sohn werde im August 2022 eine Lehre antreten. Jeweils 1/3 seines Lehrlingslohns solle dann als Einkommen berücksichtigt, resp. von seinem Barbedarf in Abzug gebracht werden. Dieser wohne bei der Mutter und ihrem neuen Lebenspartner. Den Bedarf (ohne Steueranteil) der Ehefrau bezifferte die Vorderrichterin mit CHF 2'393.00 (inkl. Vorsorgeunterhalt von CHF 264.00), denjenigen des Ehemannes mit CHF 3'088.00 und denjenigen des minderjährigen Sohnes mit CHF 594.00 pro Monat. 2. Der Berufungskläger macht geltend, die Annahme der Arbeitsunfähigkeit der Ehefrau basiere hauptsächlich auf dem [...] Untersuchungsbericht vom 11. Februar 2021, den eingereichten Arztzeugnissen und der Anmeldung der Berufungsbeklagten bei der Invalidenversicherung. Auch sprächen das Auftreten und die Aussagen der Berufungsbeklagten an der Hauptverhandlung für eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Andererseits stelle die Vorinstanz fest, dass die eingereichten Arztzeugnisse für sich allein keinen stichhaltigen Beleg für die Arbeitsunfähigkeit ergäben, wobei der Berufungskläger zu den einzelnen Arztzeugnissen Stellung nimmt. Schliesslich hält er fest, dass die Berufungsbeklagte gemäss Arztzeugnis von Dr. med. [...] nur bis am 31. März 2021 arbeitsunfähig geschrieben worden sei. Von einer länger andauernden Arbeitsunfähigkeit sei nicht die Rede. Die lange andauernde Arbeitsunfähigkeit sei nicht durch Arbeitszeugnisse, recte Arztzeugnisse, rechtsgenüchlich belegt, weshalb kein nahehelicher Unterhalt geschuldet sei. Nicht gefolgt werden könne der Vorinstanz, dass aus der Tatsache der Anmeldung der Ehefrau zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung auf eine vollständige Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden könne. Mehr als dass sie sich zum Leistungsbezug angemeldet habe, gehe daraus nicht hervor. Das Verfahren sei noch hängig. Die Aussagen der Berufungsbeklagten über die Art ihrer Erkrankung brächten keine neuen Erkenntnisse. Sie beschränke sich auf die Wiedergabe der Untersuchungsergebnisse. Auch könne nicht aufgrund der Regelmässigkeit der Therapie sowie der medikamentösen Behandlung auf den Schweregrad der Erkrankung geschlossen werden. Dem Medikamentenplan sei nicht zu entnehmen wie lange die Berufungsbeklagte diese schon einnehmen müsse. Im Eheschutzverfahren sei das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Ehefrau im Rahmen ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit mit einem 50 % Pensum einen monatlichen Verdienst von CHF 1'800.00 netto erzielen könne. Die Berufungsbeklagte habe es damals selber als realistisch erachtet, ihre Erwerbstätigkeit als Tagesmutter aufzustocken. Die Auflösung der Kindertagesstätte sei nicht aus

gesundheitlichen Gründen erfolgt, sondern weil sie einen beruflichen Neuanfang machen und nach [...] habe umziehen wollen. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt bezüglich der Erkrankung der Ehefrau falsch festgestellt, indem sie davon ausgegangen sei, dass diese dauernd nicht (mehr) erwerbsfähig sei. Aufgrund des Alters von C.____ sei der Berufungsbeklagten nach gängiger Rechtsprechung und Praxis ein 80 % Pensum mit einem monatlichen Einkommen von CHF 2'880.00 netto und ab dem Jahr 2022, wenn der Sohn 16 Jahre alt werde, ein solches von 100 % mit einem Einkommen von CHF 3'600.00 netto anzurechnen. Dieses Einkommen sei ausreichend, um den von der Vorinstanz errechneten Bedarf der Berufungsbeklagten zu decken. Wegen der veränderten Einkommenssituation der Berufungsbeklagten sei die vor-instanzliche Bedarfsberechnung der Parteien bzw. hauptsächlich des Berufungsklägers anzupassen. Insbesondere seien die Steuern als Ausgabe zu berücksichtigen. 3. Die Berufungsbeklagte macht geltend, grundsätzlich habe die Vorinstanz die Verhältnisse korrekt erfasst und berücksichtigt. Der Entscheid überzeuge auch im Resultat, insbesondere bezüglich ihrer Eigenversorgungskapazität. Auch habe sich ihre gesundheitliche Situation seit dem Entscheid nicht verbessert. Eine stationäre Therapie habe abgebrochen werden müssen. Nun sei ein neuer Versuch in einer anderen Institution geplant. Ihre Arbeitsunfähigkeit sei offensichtlich. Sie befinde sich gegenwärtig bei verschiedenen Ärzten in Behandlung. Es gebe keinen Grund, an den Arztberichten zu zweifeln. Sie habe massive gesundheitliche Beschwerden und sämtliche ihr vorliegenden Unterlagen sofort dem Gericht eingereicht. Es lägen derart viele Berichte vor, dass die Wahrscheinlichkeit, dass es sich dabei allesamt um Gefälligkeitsgutachten handle, gleich null sei. Sie sei auch bereit, sich begutachten zu lassen, falls das für notwendig erachtet würde. Fakt sei, dass ihre massive gesundheitliche Beeinträchtigung während der Ehe eingetreten sei. Sie sei fast während der ganzen Ehe in [...] Behandlung gewesen. Es könne daher nicht argumentiert werden, die Beschwerden seien erst nach der Trennung aufgetreten. Die Unterhaltsberechnung der Vorinstanz sei korrekt. Die Praxis sei diesbezüglich klar. 4. In grundsätzlicher Hinsicht ist vorweg festzuhalten, dass das Berufungsverfahren keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens darstellt, sondern nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet ist. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist beziehungsweise an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden beziehungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413, mit weiteren Hinweisen). Diesen Ansprüchen genügt die

Berufung nur teilweise, worauf nachfolgend im Detail Stellung genommen wird.

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