

ZH_OBERGERICHT LE210069 vom 30. Januar 2023

ZH Obergericht, 2023-01-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE210069

FR: ZH_OBERGERICHT LE210069 du 30 janvier 2023

IT: ZH_OBERGERICHT LE210069 del 30 gennaio 2023

Erwägungen

E. 1

Die Parteien haben am tt. Mai 2011 geheiratet. Der Ehe entsprangen drei Kinder: C. _____ (geboren am tt.mm.2011), D. _____ (geboren am tt.mm.2014) und E. _____ (geboren am tt.mm.2018; Urk. 1).

E. 1.1

Die Vorinstanz erwog, dass die Parteien mit dem Beistand eine vorläufige Regelung des Besuchsrechts getroffen hätten und die derart vereinbarten Besuchszeiten mehrheitlich umgesetzt würden (Urk. 87 S. 20, E. II.C.3.3.1). Diese Regelung trage den konkreten Umständen angemessen Rechnung. Mit der Besuchsregelung verfüge der Gesuchsgegner über zwei Samstage, an welchen er sich frei organisieren könne. Ferner sei die Gesuchstellerin an den Wochenenden nie vollständig von der Kinderbetreuung entlastet, weshalb sie durchaus Anspruch auf eine fixe Regelung erheben könne, die ihr die Planung erleichtere. Überdies sei mit einer Fixierung der Besuchszeiten auch eine Strukturierung des Alltags der Kinder verbunden, was für letztere bei den herrschenden Verhältnissen zweifellos vorteilhaft sei. Von gleichzeitigen Besuchen aller drei Kinder sei derzeit abzusehen. Aufgrund der Sehbehinderung des Gesuchgegners sei eine angemessene "Beaufsichtigung" aller drei Kinder gleichzeitig nicht möglich, wobei die psychische Konstitution von C. _____ einen "kontrollierten" Ablauf der Besuche zusätzlich erschwere. Die gleichzeitige Betreuung von C. _____ und D. _____ sei einstweilen ebenfalls nicht angezeigt. Zunächst müsse sich die Situation stabilisieren und die beiden Knaben müssten lernen, auf die Sehbehinderung des Gesuchgegners Rücksicht zu nehmen. Die alleinige Betreuung von E. _____ sei dem Gesuchgegner nur kurzzeitig möglich, da das Mädchen altersgemäss nicht in der Lage sei, die Sehbehinderung des Gesuchgegners zu verstehen und sich entsprechend zu verhalten. Ihre Anwesenheit erfordere vom Gesuchgegner uneingeschränkte Aufmerksamkeit und erhöhte Kontrolle. Gleichzeitig sei aufgrund des Alters von E. _____ auf häufige, zeitlich nicht weit auseinanderliegende Besuche zu achten, damit sie als Kleinkind den Gesuchgegner als Bestandteil ihres Alltags erlebe (Urk. 87 S. 21 f., E. II.C.3.3.2).

- 17 -

E. 1.2

Der Gesuchsgegner moniert vorab in allgemeiner Weise, dass die Folgen der bei ihm im Jahr 2016 eingetretenen Erblindung durch die Vorinstanz nicht hinreichend berücksichtigt worden seien. Die Folgen der Erblindung hätten einen erheblichen und unmittelbaren Einfluss auf die Regelung der Betreuung der Kinder sowie die Festsetzung seines hypothetischen Einkommens. Es handle sich um eine zentrale Besonderheit des vorliegenden Falles, deren nicht hinreichende Berücksichtigung durch die Vorinstanz eine

im Vergleich zu sehenden Personen diskriminierende Ungleichbehandlung darstelle (Urk. 86 S. 3). Die Folgen der Erblindung seien vor allem darin zu sehen, dass gewisse Handlungen entweder überhaupt nicht oder nicht sicher genug allein vorgenommen werden könnten, dass unzählige Handlungen im Vergleich zu sehenden Personen viel Zeit benötigen und in den Lebensumständen liegende Herausforderungen überproportional verstärkt würden (Urk. 86 S. 4). Der Gesuchsgegner bestätigt, dass die im vorinstanzlichen Urteil festgelegte Betreuungsregelung, der vorläufig vereinbarten entspricht. Er rügt jedoch, dass er sich in der Vergangenheit bei der Kinderbetreuung aufgrund seiner Erblindung im Jahr 2016 und einer lange bestehenden sowie voraussichtlich bleibenden psychischen Einschränkung immer wieder überfordert habe, weshalb die bisher gelebte Betreuung nicht weitergeführt werden könne. Die Einzelbetreuung der Kinder während seiner Behandlungszeit sei für ihn übermässig belastend, weshalb er während dieser Zeit von verbindlichen Besuchsregelungen zu entbinden sei. Nach Abschluss der Behandlungszeit werde es für die Neuregelung eines Besuchsrechts darauf ankommen, welche Belastungsreserven er sich bis dahin habe erarbeiten können und inwieweit die Kinder dann in der Lage seien, genügend Verständnis für die Erblindung und voraussichtlich auch bleibende psychische Einschränkung ihres Vaters aufzubringen und sich entsprechend zu verhalten (Urk. 86 S. 7). Aufgrund seiner Erblindung und der voraussichtlich bleibenden psychischen Einschränkung sei die verpflichtende Übernahme der Betreuung der dreijährigen E._____ und des zehnjährigen C._____, welcher eine ADHS Problematik aufweise, bis auf weiteres unzumutbar. Ebenfalls sei es aufgrund seiner Erblindung und der psychischen Einschränkung unzumutbar, die sechsstündigen Wochenendbesuche von D._____ für verbindlich zu erklären. Ihm würden pha-

- 18 - senweise die Belastungsreserven fehlen, um die Betreuung eines siebenjährigen Kindes wahrnehmen zu können (Urk. 86 S. 8).

E. 1.3

Die Gesuchstellerin macht geltend, dass dem Wunsch des Gesuchsgegners auf möglichst wenig Betreuungszeit bereits im Eheschutzverfahren entsprochen worden sei. Ebenso sei seine Behinderung berücksichtigt worden, indem er regelmässig nur einzelne Kinder und gelegentlich D._____ und C._____ für begrenzte Zeit gemeinsam zu betreuen habe. Der Gesuchsgegner verweigere jede fixe Regelung und nehme diese Betreuungszeiten nicht beziehungsweise nur höchst unregelmässig und unzuverlässig wahr. Stattdessen übernehme er die Kinder meist jeweils spontan in unterschiedlicher Konstellation, wie er es auch vorliegend im Berufungsverfahren beantrage. Oftmals hole er einzelne Kinder aus dem Hort ab oder lasse diese zu sich herein, ohne sie (die Gesuchstellerin) zu informieren (Urk. 98 S. 5). An Abenden sei regelmässig unklar, ob nun einzelne Kinder beim Gesuchsgegner übernachten dürften oder relativ spät (teilweise zwischen 21:30 und 22:00, auch unter der Schulwoche) zurückgeschickt würden. Der Gesuchsgegner verweigere jegliche strukturierte Kinderbetreuung und handle damit entgegen dem Kindeswohl. Ebenso riskiere er mit seinem Verhalten eine Entfremdung der Kinder. Aktuell sei davon auszugehen, dass die Kinder in dem Alter, in welchem sie «genügend Verständnis für die spezielle Situation des Vaters aufbringen könnten», wohl keine intakte gelebte Beziehung zum Gesuchsgegner mehr aufweisen würden. Der Gesuchsgegner setze die eigenen Probleme und Beeinträchtigungen in den Vordergrund und erkenne die Auswirkungen seines Verhaltens auf die Kinder nicht. Der Gesuchsgegner habe keinen Anspruch auf spontane Besuchszeiten nach «eigenem Gusto» und solche könnten auch nicht festgelegt werden (Urk. 98 S. 6).

E. 1.4

Nach Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht, das in erster Linie den Interessen des Kindes dient. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts ist das Kindeswohl. Entsprechend hat sich das Gericht in erster Linie an den Bedürfnissen des Kindes zu ori-

- 19 - entieren; die Interessen der Eltern haben hinter dem vorrangig massgebenden Kindeswohl zurückzustehen. In diesem Sinne hat denn der persönliche Verkehr auch zum Zweck, die positive Entwicklung des Kindes zu gewährleisten und zu fördern. In der Entwicklung des Kindes sind seine Beziehungen zu beiden Eltern teilen wichtig, weil sie bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können (BGer 5A_530/2018 vom 20. Februar 2019, E. 4.1 m.w.H.). Der persönliche Verkehr zwischen Eltern und Kindern beurteilt sich im Einzelfall nach gerichtlichem Ermessen (Art. 4 ZGB; BGer 5A_570/2016 vom 1. März 2017, E. 2 mit weiteren Hinweisen). Bei der Festsetzung des Besuchsrechtes geht es nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln (BGE 123 III 451 E. 3.b). Bei der Ausgestaltung des Besuchsrechts kommt dem Alter des Kindes eine entscheidende Bedeutung zu. Ein Kleinkind hat diesbezüglich andere Bedürfnisse als ein Jugendlicher. Insbesondere ist das Zeitgefühl bei einem Kleinkind anders. Längere Zeitabstände zwischen den Besuchen können bei Kleinkindern zur Ungewissheit führen, ob sie den entsprechenden Elternteil je wiedersehen. Deshalb geht es grundsätzlich nicht um einen Kontakt von einigen Stunden alle zwei Wochen, sondern um Kontakte von einigen Stunden innerhalb zweier Wochen. Zudem ist die Bindung an einen Elternteil und die Intensität der Beziehung zum Besuchsberechtigten bei Kleinkindern zentral. Wichtig ist auch die vor der Trennung der Eltern gelebte Betreuung. Die Ausgestaltung hängt zudem von der Lebensgestaltung der Eltern und des Kindes, den räumlichen Gegebenheiten und zeitlichen Verfügbarkeiten der Eltern ab (vgl. BGer 5A_290/2020 vom 8. Dezember 2020, E. 2.3).

E. 1.5

Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners hat die Vorinstanz auf seine Sehbehinderung bei der Festlegung des Besuchsrechts Rücksicht genommen. So erachtete es die Vorinstanz als nachvollziehbar, dass der Gesuchsgegner aufgrund seiner Erblindung nicht in der Lage sei, die Kinder gemeinsam über eine längere Zeitspanne zu betreuen (Urk. 87 S. 11, E. II.C.2.3.1) und sah von gleichzeitigen Besuchen aller drei Kinder – vorbehaltlich der Anwesenheit einer Dritt-

- 20 - person – ab (Urk. 87 S. 22, E. II.C.3.3.2). Auch wenn glaubhaft ist, dass eine blinde Person im Vergleich zu einer sehenden Person für beinahe alle Tätigkeiten viel mehr Zeit benötigt (vgl. Urk. 86 S. 3 f.), wurde diesem Umstand von der Vorinstanz genügend Rechnung getragen. Der Gesuchsgegner muss die Kinder durch das erstinstanzlich festgelegte Besuchsrecht unter den Werktagen nur drei Stunden pro Woche betreuen sowie einmal pro Woche einen Sohn über Nacht auf Besuch nehmen. Darüber hinaus betreut er seine Söhne einmal pro Monat an einem Wochenende für sechs Stunden, was durchaus angemessen erscheint. Der mit dieser Regelung einhergehende Eingriff in die persönliche Freiheit des Gesuchsgegners ist ohne Weiteres gerechtfertigt. Inwiefern er sich mit der tatsächlich gelebten Betreuung in der Vergangenheit immer wieder

überfordert hat (Urk. 86 S. 7), legt der Gesuchsgegner nicht (konkret) dar (vgl. auch nachfolgend E. III.1.6 f.).

E. 1.6

Nicht zu hören ist der Gesuchsgegner auch mit seinem Vorbringen, wonach die verpflichtende Betreuung von C. _____ und E. _____ aufgrund seiner Erblindung und psychischen Einschränkung unzumutbar sei (Urk. 86 S. 8). Die Vorinstanz setzte das Besuchsrecht von E. _____ auf jeden zweiten und vierten Mittwoch eines jeden Monats von 18:00 Uhr bis 19:00 Uhr sowie jeden ersten und dritten Freitag eines jeden Monats von 18:00 Uhr bis 19:00 Uhr fest (Urk. 87 S. 63, Dispositiv-Ziffer 3). Der Gesuchsgegner ist damit berechtigt und verpflichtet, E. _____ einmal pro Woche für eine Stunde zu betreuen. Durch die zeitliche Begrenzung der Besuche auf eine Stunde pro Woche wird der Situation des Gesuchsgegners Rechnung getragen. Dass E. _____ bei Besuchen zu ihrer Mutter zurückkehren oder von Beginn an nicht beim Gesuchsgegner verbleiben möchte (vgl. Urk. 86 S. 8), vermag vor diesem Hintergrund auch unter Berücksichtigung der gesundheitlichen Einschränkungen des Gesuchsgegners keine Unzumutbarkeit zu begründen. Gerade bei kleineren Kindern, wie der vierjährigen E. _____, sind regelmässige Kontakte zu beiden Elternteilen sehr wichtig und längere Zeitabstände zwischen den Besuchen sind zu vermeiden. Entsprechend sind die festgesetzten Besuchsintervalle angemessen. Nachdem vorliegend auch die zeitliche Belastung durch den Besuch nicht übermässig erscheint, ist die vorinstanzliche Besuchsrechtsregelung für E. _____ zu bestätigen.

- 21 - Die Vorinstanz setzte sich mit der hyperkinetischen Störung von C. _____ sowie deren Folgen für die Betreuung auseinander (Urk. 87 S. 14 f., E. II.C.2.3.5) und setzte das Besuchsrecht für C. _____ am ersten und dritten Mittwoch eines jeden Monats von 19:00 Uhr bis Donnerstag, Schulbeginn, sowie am dritten Sonntag eines jeden Monats von 09:00 Uhr bis 15:00 Uhr fest (Urk. 87 S. 63, Dispositiv-Ziffer 3). Der Gesuchsgegner behauptet pauschal, dass für ihn die Betreuung von C. _____ wegen dessen ADHS-Problematik und mangelnder Impulskontrolle unzumutbar sei (Urk. 86 S. 8). Er setzt sich aber nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid auseinander und zeigt nicht auf, in welchem Umfang ein Besuchsrecht für ihn zumutbar wäre. Kein oder nur ein flexibles bzw. spontanes Besuchsrecht für C. _____ liegt jedenfalls nicht im Kindeswohl. Betreffend die Übernachtungen beim Gesuchsgegner ist die vorinstanzliche Regelung nicht zu beanstanden. Die Übernachtungen steigern zum einen die Qualität der Besuche und bewirken zum anderen, dass der Gesuchsgegner das Abendessen mit C. _____ einnehmen und anschliessend das Zu-Bett-gehen-Ritual durchführen kann. Selbstredend geht mit der vorinstanzlichen Regelung eine Belastung für den Gesuchsgegner einher. Diese scheint aber vertretbar und muss zugunsten einer nahen und intensiven Vater-Kind-Beziehung hingenommen werden. Schliesslich ist die Regelung, wonach C. _____ und D. _____ zusammen jeden Mittwoch von 13:00 Uhr bis 15:00 Uhr zum Gesuchsgegner auf Besuch kommen, für eine intakte Geschwister-Beziehung eminent wichtig und nicht zu beanstanden. Folglich ist die vorinstanzliche Besuchsrechtsregelung für C. _____ ebenfalls zu bestätigen.

E. 1.7

Der Gesuchsgegner moniert sodann, dass die zweimal pro Monat stattfindenden sechsstündigen Einzelbesuche von D. _____ und C. _____ an einem bestimmten Wochenendtag fixiert würden. Die bisher gelebte flexible Gestaltung der

Wochenendbesuche habe es ihm ermöglicht, entsprechend seinen Energieresourcen zu handeln. Die sechsstündigen Wochenendbesuche für verbindlich zu erklären, sei für ihn unzumutbar und er ersuche um Beibehaltung einer flexiblen Regelung (Urk. 86 S. 8). Dem Wunsch des Gesuchsgegners auf ausschliesslich flexible und spontane Besuchszeiten kann nicht gefolgt werden. Der Gesuchsgegner verkennt, dass eine solche Besuchsrechtsregelung nur auf seine Bedürfnisse Rücksicht nimmt. Auch für den anderen Elternteil muss ein gewisses Mass

- 22 - an Planbarkeit bei der Durchführung der Besuche bestehen. Das Besuchsrecht dient jedoch – wie aufgezeigt – in erster Linie den Interessen des Kindes. Es ist allgemein anerkannt, dass aufgrund des schicksalhaften Kind-Eltern-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sehr wichtig und von hohem Wert ist und bei der Identitätsfindung des Kindes eine entscheidende Rolle spielen kann (BGE 122 III 404 E. 3a mit Hinweisen). Dabei kommt dem zeitlichen Faktor hinsichtlich der Qualität einer Beziehung wesentliche Bedeutung zu. Für den Aufbau und Erhalt einer guten Beziehung ist es deshalb elementar, dass sich Eltern und Kind regelmässig sehen. Dies bedingt, dass die Besuchszeiten fixiert werden. Eine vollständig flexible bzw. spontane Besuchsrechtsregelung liegt nicht im Kindeswohl, zumal der Gesuchsgegner trotz seiner gesundheitlichen Einschränkungen grundsätzlich dazu in der Lage ist, die Kinderbetreuung zu übernehmen. Entsprechend haben die Interessen des Gesuchsgegners hinter dem vorrangig massgebenden Kindeswohl zurückzustehen. Im Ergebnis ist damit das von der Vorinstanz festgesetzte Besuchsrecht zu bestätigen. 2. Ausweitung des Besuchsrechts durch den Beistand

E. 2

Mit Eingabe vom 24. August 2020 machte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Gesuchstellerin) das vorliegende Eheschutzverfahren mit den eingangs genannten Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Hinsichtlich der Prozessgeschichte kann auf den vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 87 S. 4 ff.). Am 8. November 2021 erliess die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 83 = Urk. 87).

E. 2.1

Die Vorinstanz stellte klar, dass es sich beim Besuchsrecht um eine einstweilige Regelung handle, mit dem Ziel, dass mit der Zeit zusätzlich ein Besuchsrecht für die beiden Söhne an einem Wochenende pro Monat erreicht werde. Hierfür räumte die Vorinstanz dem Beistand die Befugnis ein zu bestimmen, ab welchem Zeitpunkt das Besuchsrecht für C._____ und D._____ gemeinsam zusätzlich erweitert werde. In einer ersten Phase solle das Besuchsrecht am ersten Sonntag eines jeden Monats von 09:00 Uhr bis 15:00 Uhr und in einer zweiten Phase am ersten Samstag eines jeden Monats von 17:00 Uhr bis Sonntag 17:00 Uhr erweitert werden (Urk. 87 S. 63, Dispositiv-Ziffer 3). Die Vorinstanz begründete diese Regelung damit, dass längerfristig gemeinsame Besuche der beiden Knaben beim Gesuchsgegner nicht ausgeschlossen seien, allerdings nicht abschätzbar sei, wann hierfür die Zeit reif sei. Die vom Gesuchsgegner vorgeschlagene Fixierung einer zweiten Phase ab Vorhandensein einer Assistenz erscheine nicht praktikabel. Zum einen sei derzeit ungewiss, ob bzw. ab wann eine derartige Assistenz für die Besuche der Kinder tatsächlich regelmässig verfügbar gemacht

- 23 - werden könne. Zum anderen erscheine es mit Blick auf eine massvolle und sukzessive Erweiterung der Besuchskontakte vorteilhafter, für beide Knaben eine zusätzliche Besuchsgemeinschaft vorzusehen, die in einer ersten Phase noch ohne Übernachtung an einem Sonntag stattfinden solle und in einer zweiten Phase mit einer Übernachtung von Samstag auf Sonntag ausgedehnt werde. Da sich beide Parteien dafür ausgesprochen hätten, bei veränderten Verhältnissen den Beistand zur Anpassung des Besuchsrechts zu berechnen, sei diesem die Befugnis einzuräumen, die Besuchskontakte zu erweitern, sobald der Reifegrad der Knaben gemeinsame Besuche beim Gesuchsgegner als vertretbar erscheinen lasse (Urk. 87 S. 23 f., E. II.C.3.3.3).

E. 2.2

Der Gesuchsgegner macht geltend, dass eine Ausweitung der Besuchsrechtsregelung für ihn wahrscheinlich für lange Zeit unzumutbar sei, weshalb keine Notwendigkeit bestehe, diese bereits im Urteil vorzusehen. Dies sei umso mehr der Fall, da auch die Gegenseite eine Ausweitung der Besuchsrechtsregelung bisher nicht beantragt habe (Urk. 68 S. 9). Mit diesem Vorbringen zeigt der Gesuchsgegner weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts auf. Es wird auch keine falsche Ermessensausübung beanstandet. Die Berufung genügt in diesem Punkt den Begründungsanforderungen nicht.

E. 2.3

Die Vorinstanz überliess es dem Beistand, den Zeitpunkt der Erweiterung des Besuchsrechts zu bestimmen. Der Gesuchsgegner bringt vor, dass dies für ihn unzumutbar sei. Ebenfalls sehe er sich in seinen Rechten betreffend den Beschwerdeweg beschnitten. Weiter könne er sich nicht mehr daran erinnern, einer Kompetenzerweiterung des Beistandes zugestimmt zu haben (Urk. 86 S. 9). Der Gesuchsgegner war vor Vorinstanz ausdrücklich damit einverstanden, dass der Beistand die Besuchsrechtsregelung anpassen darf, wenn dieser das für nötig halte (Prot. I S. 46). Dass die Vorinstanz unter Berücksichtigung der Zustimmung beider Parteien dem Beistand die im Berufungsverfahren nun umstrittene Kompetenz eingeräumt hat, war vertretbar. Grundsätzlich kann einem Beistand jedoch nicht die Aufgabe überbunden werden, anstelle des Richters die Besuchsordnung zu ändern (BGE 118 III 241 E. 2d; BGer 5C.68/2004 vom 26. Mai 2004, E. 2.4).

- 24 - Der Gesuchsgegner, der seine Zustimmung zur vorinstanzlichen Regelung im Berufungsverfahren widerrufen hat, rügt vor diesem Hintergrund zu Recht (sinngemäss) eine Rechtsverletzung. Die vorinstanzliche Regelung ist daher dahingehend abzuändern, dass dem Beistand (zusätzlich) die Aufgabe zu übertragen ist, bei der zuständigen Behörde einen Antrag auf Ausweitung des Besuchsrechts zu stellen, sobald er eine solche für angezeigt hält.

E. 2.4

Damit erübrigt es sich, auf den Umfang der geplanten Ausweitung einzugehen. Die entsprechende Regelung der Vorinstanz in Dispositiv-Ziffer 3 Absatz 3, wonach in einer ersten Phase das Besuchsrecht am ersten Sonntag eines jeden Monats von 09:00 Uhr bis 15:00 Uhr und in einer zweiten Phase am ersten Samstag eines jeden Monats von 17:00 Uhr bis Sonntag 17:00 Uhr erweitert werden soll, ist aufzuheben. Erscheint dem Beistand die Ausweitung des Besuchsrechts angezeigt, hat er in seinem Antrag an die zuständige Behörde auch den Umfang des neuen Besuchsrechts zu nennen. Dadurch wird

sichergestellt, dass das er- weiterte Besuchsrecht den aktuellen Umständen im Zeitpunkt der Antragsstellung entspricht und für die Parteien zumutbar ist. 3. Einkommen

E. 2.5

Folglich sind die Gesuche der Parteien um Fristansetzung, Fristerstreckung bzw. Sistierung der Verfahren abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. III. Materielle Beurteilung 1. Besuchsrecht

E. 3

Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nach- folgend: Gesuchsgegner) mit Eingabe vom 29. November 2021 fristgerecht Beru- fung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 86). Mit Verfügung vom 1. Dezember 2021 wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 4'000.– angesetzt (Urk. 88), welcher fristgerecht einging (Urk. 93). Der Gesuchsgegner reichte am 6. Dezember 2021 die Beilagen zur Berufung ein, welche er beim Versand der Berufungsschrift aufgrund seiner Erblindung überse- hen habe (Urk. 89; Urk. 90; Urk. 91/1-23). Mit Schreiben vom 7. Dezember 2021 teilte Rechtsanwältin X3._____ mit, dass sie die Gesuchstellerin nicht mehr ver- trete und die Verfügung vom 1. Dezember 2021 an diese weitergeleitet habe (Urk. 92). Am 18. Januar 2022 zeigte Rechtsanwalt X1._____ an, dass ihn die Gesuchstellerin mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt habe und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses und sub- sidiär um unentgeltliche Prozessführung (Urk. 94). Mit Verfügung vom 22. Februar 2022 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 97). Die Berufungsantwort, in welcher die Gesuchstellerin auf Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchs- gegners schliesst, datiert vom 8. März 2022 (Urk. 98). Sie wurde dem Gesuchs- gegner mit Verfügung vom 6. April 2022 zur Kenntnisnahme gebracht (Urk. 102).

- 12 - Mit Eingabe vom 6. Mai 2022 reichte der Gesuchsgegner eine Stellungnahme samt Beilagen ein (Urk. 103; Urk. 105/1-12), welche der Gesuchstellerin zusam- men mit separat eingereichten Arztzeugnissen des Gesuchsgegners (Urk. 106; Urk. 107) zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (Prot. II S. 7; Urk. 108). Die da- rauffolgende Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 14. Juli 2022 (Urk. 114) wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 26. Juli 2022 zur Kenntnis ge- bracht (Urk. 117).

E. 3.1

Hypothetisches Einkommen des Gesuchsgegners ab 1. Mai 2022

E. 3.1.1

Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner ab 1. Mai 2022 ein hypotheti- sches Einkommen von Fr. 4'025.– an (Urk. 87 S. 41, E. II.D.3.3.4). Sie begründe- te dies damit, dass der Gesuchsgegner Vater dreier noch junger Kinder und damit soweit möglich unterhaltspflichtig sei. Nach Berücksichtigung der IV-Taggelder sowie der Liegenschaftseinnahmen sei ihm die vollständige Bezahlung des Kin- derunterhalts nicht möglich. Er müsse seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen (Urk. 87 S. 39 f., E. II.D.3.3.4). Der Gesuchsgegner sei während des Studiums keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen und stufe ein 60%-Pensum mit einer Entlohnung zu 40 % als realistisch ein. Nebst dem Fehlen jeglicher berufli- cher Erfahrung sei die Sehbehinderung des Gesuchsgegners eine massive Ein- schränkung bei der Stellensuche, da ein Grossteil der

verfügbaren Stellen auf vi- suell möglicher Erfassbarkeit der Arbeitstätigkeit ausgerichtet sei. Diesen Um-

- 25 - ständen sei mit Ansetzung einer längeren Übergangsfrist Rechnung zu tragen. Zwar wisse der Gesuchsgegner seit langem um seine Unterhaltspflicht. Ebenso sei ihm bekannt, dass ihm die IV-Taggelder bloss befristet bis Ende Juli 2021 zu- gesprochen worden seien. Indes würden ärztliche Zeugnisse vorliegen, welche ihm seit Monaten eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bescheinigen würden. Es rechtfertigte sich daher, dem Gesuchsgegner ab Mai 2022 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Die eingereichten Arbeitsunfähigkeitszeugnisse wür- den sich weder zur Art der Erkrankung äussern, noch fänden sich darin nähere Angaben zur konkreten Beeinträchtigung des Gesuchsgegners. Ebenfalls fehle eine Prognose über die Dauer einer allfälligen künftigen Beeinträchtigung. Für die Annahme, ihm sei gesundheitsbedingt auch nach Ansetzen einer Übergangsfrist kein Erwerbseinkommen anzurechnen, würden die Zeugnisse nicht genügen (Urk. 87 S. 40 f., E. II.D.3.3.4). Die Ausübung einer Vollzeitanstellung werde dem Gesuchsgegner angesichts seiner Sehbehinderung nicht möglich sein. Diese ge- sundheitliche Einschränkung sei mit der Anrechnung eines Arbeitspensums von 50% angemessen zu berücksichtigen. Der statistische Lohnrechner Salarium er- middle für einen Juristen mit abgeschlossener Berufsausbildung im Alter des Ge- suchsgegners und ohne Kaderfunktion in der Branche Rechts-, Steuer- oder Wirt- schaftsbereitung in der Region Zürich bei einem 50%-Pensum und in einem Betrieb mit 50 bzw. mehr Angestellten sowie unter Be- rücksichtigung eines dreizehnten Monatslohns ein medianes monatliches Netto- einkommen von Fr. 4'025.– (Urk. 87 S. 41, E. II.D.3.3.4).

E. 3.1.2

Der Gesuchsgegner bringt vor, dass das hypothetische Einkommen in vie- lerlei Hinsicht falsch berechnet worden sei. Die Berechnung des effektiv erzielba- ren Einkommens bei Ausübung der vom Bezirksgericht als zumutbar erachteten bisherigen Tätigkeit sei diskriminierend. Die Anwendung des statistischen Lohn- rechners Salarium könne nicht unbesehen auf eine blinde Person angewandt werden. Die Annahme eines Medianlohnes bei einem Studienabgänger sei stos- send. Unverständlich sei, wenn ihm der Lohn eines gleichaltrigen Arbeitnehmers zugemutet werde, obwohl er keine Berufserfahrung habe und neu ins Berufsleben eintrete. Die Folgen der Erblindung würden sich sowohl auf die Zumutbarkeit ei- ner Tätigkeit als auch auf den Umfang einer solchen auswirken. Ohne genaue

- 26 - Abklärung der Folgen der Erblindung habe die Vorinstanz den zumutbaren Ar- beitsumfang mit der Annahme einer Arbeitsfähigkeit von 50% zu hoch angesetzt. Seine Leistungsfähigkeit sei in den vergangenen zwei Jahrzehnten deutlich tiefer gewesen. Bei der Festlegung der Arbeitsfähigkeit sei die neu nachweisbare und voraussichtlich bleibende depressive Störung unberücksichtigt geblieben (Urk. 86 S. 10). Zudem würden bezüglich der Folgen seiner Erblindung grosse Beweis- schwierigkeiten bestehen (Urk. 86 S. 11). Der Gesuchsgegner macht weiter geltend, er habe sein Studium nicht ab- schliessen können und ein Berufseinstieg im bisherigen Bereich sei unrealistisch. Er habe seit dem Studienbeginn im Herbst 1999 auch unter Berücksichtigung sei- ner Behinderung unverhältnismässig viel Zeit benötigt (Urk. 86 S. 12). Aus seinem Leistungsausweis gehe hervor, dass er von Herbst 1999 bis zum 31. Juli 2021 immatrikuliert gewesen sei. Insgesamt habe er in 41 Semestern 258 ECTS- Punkte erzielt. Dies entspreche 6.3 Punkten pro Semester und somit einer Stu- dententätigkeit von knapp über 20%. Der Gesuchsgegner behauptet sodann, dass sein

Universitätsabschluss Bachelor of Law in der Privatwirtschaft nicht verwertbar sei. Sein Abschluss liege mittlerweile sieben Jahre zurück und er besitze auch keinerlei Berufserfahrung. Gemäss einer Bestätigung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich gelte der Abschluss als nichtberufsqualifizierender Universitätsabschluss. Dieser Abschluss ermögliche keine selbständige juristische Tätigkeit. Vielmehr werde für selbständige juristische Tätigkeiten ein Master of Law vorausgesetzt. Für ihn komme aufgrund seiner gesundheitlichen Einschränkungen derzeit nur eine Tätigkeit als unqualifizierter Büromitarbeiter mit hauptsächlich repetitiven Aufgaben in Frage. Ihm sei der Kontakt mit Kunden, die Besorgung des Mailverkehrs oder die Bedienung des Telefons möglich. Dagegen sei ihm die Verarbeitung von Korrespondenz, Ausfüllen von Formularen, Aktenstudium, Rechercharbeiten, Erfassen von Folien, Schemen, Tabellen, Grafiken etc. nicht möglich. Zudem prüfe er auch eine Umschulung zum medizinischen Masseur oder Physiotherapeuten (Urk. 86 S. 13). Der Gesuchsgegner führt weiter aus, dass eine blinde Person im Vergleich zu einer sehenden bei beinahe sämtlichen Tätigkeiten deutlich mehr Zeit benöti-

- 27 - ge. Werde diese "Mehrzeit" bei der Beurteilung der zumutbaren Tätigkeit ausser Acht gelassen, werde die blinde Person damit gezwungen, für die Leistung der "Mehrzeit" auf ihre Frei- bzw. Erholungszeit zurückzugreifen, was aus arbeitsrechtlichen Gründen unstatthaft wäre (Urk. 86 S. 13). Konkret benötige er im Durchschnitt für sämtliche Tätigkeiten ausserhalb der Arbeitszeit zwischen 50 bis 100 % länger als eine sehende Person. Zur Untermauerung seines Standpunkts bringt der Gesuchsgegner diverse Beispiele vor (Urk. 86 S. 14 f.). Einer blinden Person sei im Vergleich zu einer sehenden Person eine längere Frei- bzw. Erholungszeit zuzugestehen, da bei Ausfall eines Sinnesorgans die übrigen Sinnesorgane den Ausfall zu kompensieren versuchen und dabei übermässig beansprucht würden. Diese Behauptung untermauert der Gesuchsgegner wiederum mit Beispielen (Urk. 86 S. 15). Die Frei- bzw. Erholungszeit sei bei einer blinden Person grösser und müsse zu Lasten der Arbeitszeit gehen. Gestützt auf diese Ausführungen rechnet der Gesuchsgegner schliesslich vor, dass für die Berechnung der zumutbaren Arbeitszeit einer blinden Person acht Stunden Schlafzeit, zehn Stunden Erholungszeit und vier bis acht Stunden notwendige "Mehrzeit" abgezogen werden müsse (Urk. 86 S. 16). Die errechnete zumutbare Arbeitszeit einer blinden Person sei nicht abhängig von der auszuübenden Tätigkeit. Die zumutbare Tätigkeit könne von einer blinden Person oft nicht im gleichen Tempo bzw. in der gleichen Qualität geleistet werden wie von einer sehenden Person. Die zumutbare Arbeitszeit dürfte bei ihm als Büromitarbeiter bei 30 bis 40 % liegen. Bei einer Tätigkeit als Masseur würde die zumutbare Arbeitszeit 20 bis 30 % betragen. Weiter sei die bei ihm seit Jahren vorliegende und mittlerweile chronifizierte mittelgradige depressive Störung bei der Festsetzung seiner Arbeitsfähigkeit angemessen zu berücksichtigen. Diese sei tief anzusetzen und würde bei 20 bis 30 % liegen. Dieser Wert sei wiederum unter Beachtung der notwendigen "Mehrzeit" innerhalb der zumutbaren Arbeitszeit zu kürzen. Sämtliche der genannten Zeiten seien bei der Festsetzung einer künftigen Arbeitszeit zu berücksichtigen. Andernfalls würde er früher oder später erneut in einen Überforderungszustand geraten (Urk. 86 S. 17). Es sei davon auszugehen, dass er aufgrund der psychischen Störung mindestens zu 50 % arbeitsunfähig bleiben werde. Ungewiss sei, wie lange es dauern werde, bis er wieder zu 50 % arbeitsfähig sei und sich auf die Stellensuche begeben

- 28 - könne. Für die nächsten sechs Monate dürfte er zu 100 % arbeitsunfähig bleiben (Urk. 86 S. 18). Schliesslich bringt der Gesuchsgegner vor, dass die Frist für die Stellensuche viel grosszügiger zu gestalten sei. Die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass er seit 2016 blind sei, an einer chronifizierten mittelgradigen depressiven Störung leide, beim Eintritt in die Berufswelt 43 Jahre alt sei, über keinerlei Berufserfahrung verfüge, 20 Jahre ohne Studiumabschluss studiert habe und die Betreuung von drei Kindern wahrnehme. Ihm sei daher für die Stellensuche nach seiner Genesung eine Zeit von zwölf bis achtzehn Monaten einzuräumen. Ebenfalls sei es ein Fehler, in seinem Fall mit einem medianen Nettolohn zu rechnen. Wenn er sein Studium abgeschlossen hätte, wäre er nur ein Studienabgänger ohne jegliche Berufserfahrung (Urk. 86 S. 18).

E. 3.1.3

Die Gesuchstellerin erwidert, dass die Vorinstanz die bisherigen gesundheitlichen Einschränkungen des Gesuchsgegners vollumfänglich gewürdigt habe. Ebenso sei dem Gesuchsgegner entgegenzuhalten, dass er seine Arbeitsfähigkeit anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 18. März 2021 auf 60 % bei 40 % Leistungsfähigkeit eingeschätzt habe (Urk. 98 S. 6). Neu bringe der Gesuchsgegner vor, an einer rezidivierenden depressiven Störung zu leiden, welche sich mutmasslich chronifiziert habe. Diese Depression sei ausser durch eine inhaltlich minimale ärztliche Bestätigung durch nichts belegt. Insbesondere seien keine dauerhaften Einschränkungen in Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners ausgewiesen. Die Antriebslosigkeit des Gesuchsgegners scheine sich selektiv auf die Kinderbetreuung, auf seine Erwerbstätigkeit und damit verbunden auf die Erfüllung seiner Unterhaltspflichten zu beschränken (Urk. 98 S. 7).

E. 3.1.4

Bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrages ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Soweit dieses Einkommen allerdings nicht ausreicht, den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 143 III 233 E. 3.2; BGer 5A_730/2019 vom 27. Oktober 2020, E. 4.2; BGer 5A_78/2019 vom 25. Juli 2019, E. 2.2). Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Da-

- 29 - mit ein Einkommen überhaupt oder ein höheres Einkommen angerechnet werden kann, als das tatsächlich erzielte, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen (BGE 143 III 233 E. 3.2; BGer 5A_1049/2019 vom 25. August 2021, E. 4.3; BGer 5A_76/2012 vom 4. Juni 2012, E. 2.1). Insbesondere für den Kinderunterhalt hat der Unterhaltsschuldner eine besondere Anstrengungspflicht, welche namentlich auch die Freiheit der persönlichen Lebensgestaltung und der Realisierung beruflicher Wunschvorstellungen einschränken kann, wobei die Anstrengungspflicht selbstverständlich an konkreten Realitäten ihre Grenze findet und keine unzumutbaren hypothetischen Einkommen angenommen werden dürfen (BGE 147 III 265 E. 7.4 mit weiteren Hinweisen).

E. 3.1.5

Zunächst ist festzuhalten, dass die Folgen der Erblindung des Gesuchsgegners grundsätzlich glaubhaft sind (vgl. auch E. III.1.5). Entsprechend erübrigen sich diesbezügliche Abklärungen. Zudem kann auf die zutreffende Erwägung der Vorinstanz

verwiesen werden, wonach aufgrund des Charakters des summarischen Verfahrens nur in Ausnahmefällen zeitintensive sowie kostspielige Experimenten durchzuführen sind (vgl. Urk. 87 S. 7 f., E. II.A.1). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Ausführungen des Gesuchsgegners zum zeitlichen Umfang seiner Einschränkung unbesehen übernommen werden können. Allein aus dem Umstand, dass eine blinde Person im Vergleich zu einer sehenden Person für beinahe alle Tätigkeiten mehr Zeit benötigt, kann der Gesuchsgegner noch nichts zu seinen Gunsten ableiten. Er verkennt mit seinen Ausführungen zur zumutbaren Arbeitszeit respektive der notwendigen Erholungszeit, dass ihn eine besondere Anstrengungspflicht trifft. Der Gesuchsgegner ist trotz seiner Sehbehinderung unterhaltspflichtig und hat seine Kinder, soweit es ihm zumutbar ist, zu unterstützen. Der Tatsache, dass er sowohl für alltägliche Tätigkeiten als auch für seine Erholung mehr Zeit als eine sehende Person benötigt, wurde vor Vorinstanz mit der Anrechnung eines reduzierten Pensums Rechnung getragen. Eine Ungleichbehandlung oder Diskriminierung des Gesuchsgegners hinsichtlich seiner Freizeit liegt nicht vor. Auch Menschen, welche einem 100 %-Pensum nachgehen können, haben ihre Besorgungen während ihrer arbeitsfreien Zeit zu tätigen. Der be-

- 30 - hinderungsbedingte Mehraufwand für alltägliche Tätigkeiten kann folglich nicht doppelt berücksichtigt werden. Vor dem Hintergrund der besonderen Anstrengungspflicht ist somit hinzunehmen, dass der Gesuchsgegner für diese Tätigkeiten einen grossen Teil seiner Freizeit aufwenden muss. Der Gesuchsgegner hat als Vater von drei Kindern keinen Anspruch auf gleichviel Freizeit wie kinderlose sehende oder blinde Erwachsene. Entsprechend ist der Gesuchsgegner mit seinem Einwand, wonach er für Tätigkeiten ausserhalb der Arbeitszeit 50 % bis 100 % mehr Zeit benötige, nicht zu hören (vgl. auch die nachfolgenden Ausführungen). Falsch ist schliesslich seine Behauptung, dass die vorinstanzliche Regelung aus arbeitsrechtlichen Gründen unstatthaft wäre (vgl. Urk. 86 S. 13). Nicht zielführend sind die Ausführungen des Gesuchsgegners zu seiner Studententätigkeit. Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich hat die Bologna Reform und damit die Vergabe von ETCS-Punkten am 1. September 2006 eingeführt (§ 56 Abs. 1 Rahmenordnung für das Studium in den Bachelor- und Master-Studiengängen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich vom 24. Oktober 2005; LS 415.415.1, historische Nachtrags-Nr. 054). Gemäss dem eingereichten Leistungsausweis wurden dem Gesuchsgegner vom Sommersemester 2003 bis zum Sommersemester 2006 insgesamt 78 ETCS-Punkte aus dem Lizentiats-Studium angerechnet, während er vom Frühjahrsemester 2010 bis Herbstsemester 2016 insgesamt 180 ETCS-Punkte erworben hat (Urk. 91/4). Seit dem Jahr 2016 erbrachte er keine Leistungsnachweise mehr (Urk. 86 S. 6). Er führt aus, dass er während seiner Studienzeit zum Teil nur reduziert oder überhaupt nicht habe studieren können (Urk. 86 S. 5). Der Gesuchsgegner erreichte in der Zeitspanne von vierzehn Semestern 180 ETCS-Punkte, was 12.85 ETCS-Punkten pro Semester oder einer Studententätigkeit von ca. 42.80 % entspricht. Mangels Angaben und Belegen ist zudem unbekannt, ob und in welchem Ausmass er während den 41 Semestern Studium zusätzlich arbeitstätig war. 2016 erblindete der Gesuchsgegner vollständig. Aus seiner Studententätigkeit kann bereits aus diesen Gründen nicht abschliessend auf seine Arbeitsfähigkeit geschlossen werden.

- 31 - Glaubhaft ist, dass eine blinde Person grundsätzlich mehr Erholung benötigt. Jedoch kann dem Gesuchsgegner nicht gefolgt werden, wenn er behauptet, dass er neben acht Stunden Schlaf zusätzlich weitere zehn Stunden zur Erholung brauche und nur an sechs

Stunden pro Tag überhaupt Tätigkeiten verrichten könne, wovon mindestens vier Stunden auf alltägliche Tätigkeiten fallen würden. Dies würde bedeuten, dass er an maximal zwei Stunden pro Tag Arbeit verrichten könnte (vgl. Urk. 86 S. 16). Die Notwendigkeit von insgesamt 18 Stunden Schlaf und Erholung pro Tag erscheinen auch für eine blinde Person übersetzt und unglaubhaft. Zudem wurden hinsichtlich der benötigten Schlaf- und Ruhezeit weder ärztliche Zeugnisse noch allgemeine Empfehlungen für Personen mit einer Sehbehinderung eingereicht. Es erscheint angemessen, dem Gesuchsgegner nebst acht Stunden Schlaf auch sechs Stunden für die Erholung zuzugestehen. Nach Abzug dieser 14 Stunden stehen dem Gesuchsgegner noch 10 Stunden für Arbeit und Freizeit zur Verfügung. In seiner Freizeit hat der Gesuchsgegner die täglichen Besorgungen (Körperpflege, Einkaufen, Putzen, Arztbesuche, Therapien, etc.) sowie auch die Kinderbetreuung gemäss obenstehender Regelungen vorzunehmen. Hierfür sind im Durchschnitt fünf Stunden pro Tag angemessen, insbesondere da nicht an jedem Tag eingekauft, geputzt oder der Arzt besucht werden muss. Darüber hinaus ist auch die Zeit für die Kinderbetreuung sehr begrenzt. Damit bleiben fünf Stunden pro Tag übrig. Dem Einwand des Gesuchsgegners, dass die Frei- bzw. Erholungszeit zu Lasten der Arbeitszeit gehen müsse (vgl. Urk. 86 S. 16), ist entgegenzuhalten, dass die aufgewendete Zeit für Schlaf und Erholung ebenfalls zur Freizeit gehört. Im Ergebnis erweist sich für den Gesuchsgegner somit ein zeitlicher Aufwand von fünf Stunden pro Tag für Arbeit auch unter Berücksichtigung seiner Sehbehinderung als zumutbar sowie im Hinblick auf die Unterstützungspflicht für seine minderjährigen Kinder gar als angemessen und geboten. Ausgehend von einer 40 Stundenwoche entspricht dies 25 Stunden pro Woche oder einem 60 %-Pensum.

E. 3.1.6

Die Ausführungen des Gesuchsgegners zur behinderungsbedingten Leistungseinbusse (vgl. Urk. 86 S. 17) sind nachvollziehbar. Es versteht sich von selbst, dass eine blinde Person während der gleichen zeitlichen Anwesenheit nicht dieselbe Arbeitsleistung wie eine sehende Person erbringen kann. Indem die

- 32 - Vorinstanz dem Gesuchsgegner ein 50 %-Pensum anrechnete, ohne eine funktionelle Einschränkung anzunehmen, hat sie diesen Umstand nicht genügend berücksichtigt. Der Gesuchsgegner gibt seine behinderungsbedingte Leistungseinbusse als Büromitarbeiter innerhalb der ihm zumutbaren Arbeitszeit mit 30 % bis 40 % an (Urk. 86 S. 17). Eine funktionelle Einschränkung in Bezug auf das Arbeitstempo und die Arbeitsqualität erscheint in diesem Umfang aufgrund der Sehbehinderung glaubhaft. Ausgehend vom Mittelwert von 35 % entspricht die Leistungseinbusse bei einer zumutbaren Arbeitszeit von 25 Stunden pro Woche insgesamt 8.75 Stunden pro Woche. Der Gesuchsgegner ist damit während einer zeitlichen Anwesenheit von 25 Stunden pro Woche mit 16.25 Stunden leistungsfähig. Dies entspricht einem 40 %-Pensum. Die Ausübung dieser Restarbeitsfähigkeit ist an einem Sehbehindertenarbeitsplatz vollumfänglich zumutbar und als Büromitarbeiter – obschon mit Schwierigkeiten verbunden (vgl. dazu E. III.3.1.12) – auf dem ersten Arbeitsmarkt umsetzbar.

E. 3.1.7

Nebst seiner Sehbehinderung macht der Gesuchsgegner auch psychische Beschwerden geltend, welche ihn in seiner Arbeitsfähigkeit ebenfalls einschränken sollen (Urk. 86 S. 4 f.; Urk. 103 S. 3). Wie vor Vorinstanz reichte er auch im Berufungsverfahren sukzessive

Arbeitsunfähigkeitszeugnisse ein, welche ihm eine Arbeitsunfähigkeit von 100% bis und mit 30. September 2022 bescheinigen (Urk. 100, 101/1, 105/1, 106, 107, 120/4 und 120/5). Der Gesuchsgegner macht unter Berufung auf diese Arztzeugnisse geltend, dass er arbeitsunfähig und somit auch leistungsunfähig sei. Er unterstützt diese Behauptung mit einem Schreiben von Dr. F._____ und Dr. G._____ vom Sanatorium H._____ [Ort], welche bei ihm eine rezidivierende depressive Störung bei gegenwärtig mittelgradiger Episode diagnostizieren (Urk. 91/1). Weiter liegt eine Austrittsmeldung von Dr. G._____ (Urk. 105/2) und eine ärztliche Bestätigung von Dr. I._____ vor (Urk.107), welche diese Diagnose bestätigen. Mit der Vorinstanz ist festzustellen, dass die eingereichten Arbeitsunfähigkeitszeugnisse sich weder zur Art der Erkrankung des Gesuchsgegners äussern noch nähere Angaben zur konkreten Beeinträchtigung enthalten. Das Schreiben von Dr. F._____ und Dr. G._____ und die ärztliche Bestätigung von Dr. I._____ enthalten zwar eine Diagnose, doch fehlt auch hier eine Prognose über die Dauer einer allfälligen künftigen Beeinträchtigung. Der Ge-

- 33 - suchsgegner macht hierzu ebenfalls keine substantiierten Angaben (vgl. Urk. 86 S. 4; Urk. 103 S. 3; Urk. 119 S. 1). Er begnügt sich damit, im Rahmen einer Selbsteinschätzung pauschal eine weitere Behandlungszeit von sechs Monaten und eine anschliessende Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50 % zu behaupten (Urk. 86 S. 17 f.). Insgesamt liegen keine Belege im Recht, welche die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit für längere Zeit nach dem 30. September 2022 ausschliessen würden. Selbst bei genügendem Nachweis wäre nicht dargetan, inwieweit seine psychischen Beschwerden eine zeitliche Anwesenheit an einem Arbeitsplatz im Umfang von 25 Stunden pro Woche unzumutbar machen würden. In jedem Fall kann die Teilarbeitsunfähigkeit aufgrund der Sehbehinderung und eine allfällige bleibende (Teil-) Arbeitsunfähigkeit aufgrund der depressiven Störung nicht einfach addiert werden.

E. 3.1.8

Zusammenfassend kann dem Gesuchsgegner eine zeitliche Anwesenheit an einem Arbeitsplatz im Umfang eines 60 %-Pensums zugemutet und infolge seiner funktioneller Einschränkung eine Leistungsfähigkeit von 40 % angerechnet werden. Dieses Ergebnis deckt sich einerseits mit der eigenen Einschätzung des Gesuchsgegners anlässlich der Verhandlung vom 18. März 2021, wo er ein 60 %- Pensum bei einer Leistungsfähigkeit von 40 % als realistisch einstufte (Prot. I S. 53). Andererseits entsprach auch seine Studententätigkeit zwischen Frühjahrssemester 2010 bis Herbstsemester 2016 – wie aufgezeigt (vgl. E. III.3.2.5) – einem Pensum von rund 40 %, was die Annahme zusätzlich plausibilisiert.

E. 3.1.9

Für die Beurteilung der Höhe des erzielbaren Einkommens durch den Beklagten muss eine Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung seiner Ausbildung, der Arbeitsmarktlage, seines Alters und seiner Gesundheit vorgenommen werden. Es ist dabei zulässig, zur Bemessung der Höhe auf statistische Erhebungen zurückzugreifen, namentlich auf den Lohnrechner des SECO (BGer 5A_435/2019 vom 19. Dezember 2019, E. 4.1.2) oder den Lohnrechner "Salarium" des Bundesamtes für Statistik (BGer 5A_171/2019 vom 17. April 2019, E. 6.2.3; BGer 5A_129/2019 vom 10. Mai 2019, E. 3.2.2.1) oder auf andere Quellen (BGer 5A_899/2019 vom 17. Juni 2020, E. 2.2.2). Die Unmöglichkeit, ein bestimmtes Einkommen zu erzielen, kann eine Partei insbesondere durch den Nachweis

- 34 - ernsthafter vergeblicher Suchbemühungen und die Darlegung der Erfahrungswerte erbringen, welche die fehlende Möglichkeit einer entsprechenden Anstellung aufzeigen (BGer 5A_467/2020 vom 7. September 2020, E. 4.2).

E. 3.1.10

Unbestritten ist, dass der Gesuchsgegner sein Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich nicht mit dem Master of Law abschliessen konnte. Er erwarb den Titel Bachelor of Law. Dieser Abschluss ermöglicht keine selbständige juristische Tätigkeit (vgl. Bestätigungsschreiben der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Urk. 91/12). Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass sein Universitätsabschluss Bachelor of Law in der Privatwirtschaft nicht verwertbar ist. Irrelevant ist nämlich, ob der Bachelorabschluss des Gesuchsgegners eine angemessene Erstausbildung darstellt. Es geht einzig darum, ob und in welcher Höhe er mit diesem Abschluss ein (hypothetisches) Einkommen erzielen kann. Obwohl keine selbständige juristische Tätigkeit möglich ist, befähigt ein rechtswissenschaftliches Studium mit Bachelorabschluss zur juristischen Tätigkeit in Rechtsberatungen, Compliance- oder Rechtsabteilungen von Unternehmen, in der Verwaltung (z.B. Notariat und Grundbuchamt sowie Steuer- oder Finanzamt), in NGOs oder Verbänden. Der Bachelor of Law der Universität Zürich ist dabei mit einem Bachelorabschluss (in Wirtschaftsrecht) an einer Fachhochschule vergleichbar. So bieten mehrere Fachhochschulen Bachelorstudiengänge in Wirtschaftsrecht an (bspw. die Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften [ZHAW]), mit welchem ebenfalls eine Tätigkeit in den obgenannten Funktionen und Branchen möglich ist. Der Gesuchsgegner hat weder Bewerbungen oder Absagen seiner Stellensuche vorgelegt noch behauptete er die fehlende Möglichkeit einer entsprechenden Anstellung. Es herrscht in den angegebenen möglichen Bereichen in der Schweiz kein akuter Mangel an Arbeitskräften. Doch da sowohl die Regulierungsdichte national und international steigt als auch Auflagen im Zusammenhang mit der Compliance wachsen, ist davon auszugehen, dass dem Gesuchsgegner der Einstieg im juristischen Bereich grundsätzlich möglich ist. Entsprechend ist nicht einzusehen, weshalb ihm lediglich der Lohn einer ungelerten Bürofachkraft angerechnet werden sollte (vgl. Urk. 86 S. 13). Insbesondere, da die allgemeinen

- 35 - Lohnerwartungen mit einem Bachelor of Law höher liegen. Aufgrund der besonderen Anstrengungspflicht bleibt sodann für die Realisierung beruflicher Wunschvorstellungen des Gesuchsgegners, wie der Umschulung zum Masseur, kein Raum.

E. 3.1.11

Gestützt auf den statistischen Lohnrechner des Bundes "Salarium" (www.gate.bfs.admin.ch/salarium/public/index.html#/calculation; besucht am 12. Dezember 2022) liegt der Brutto-Lohnmedian für einen Schweizer Juristen mit Fachhochschulabschluss in einem 100 %-Pensum inkl. 13. Monatslohn (Region: Zürich; Branche: Rechts-, Steuer oder Wirtschaftsberatung; Berufsgruppe: Juristen; Stellung im Betrieb: ohne Kaderfunktion; Ausbildung: Fachhochschule; Alter: 44 Jahre; Dienstjahre: 0 [gemeint ist nicht die allgemeine Arbeitserfahrung, sondern die Anzahl Jahre der Zugehörigkeit zu einem Unternehmen]; Sonderzahlungen: Nein; Monats-/Stundenlohn: Monatslohn) in einem Betrieb von 50 und mehr Beschäftigten bei ca. Fr. 10'728.– (Region Zürich). In einem Kleinbetrieb mit weniger als 20 Beschäftigten in der Region Zürich liegt der Lohnmedian hingegen tiefer, nämlich bei ca. Fr. 9'630.–. Im Schnitt ist somit in der

Region Zürich von einem Brutto-Lohnmedian von Fr. 10'179.– auszugehen. Diese Werte dienen als Anhaltspunkt, wobei sich vorliegend insbesondere mit Blick auf die Arbeitserfahrung und die Sehbehinderung des Gesuchsgegners eine Korrektur aufdrängt. Der Gesuchsgegner wendet zu Recht ein, dass der statistische Lohnrechner "Salarium" nicht unbeschadet auf eine blinde Person angewandt werden kann. Zutreffend ist ebenfalls, dass ihm mangels Berufserfahrung nicht derselbe Lohn eines gleichaltrigen Arbeitnehmers angerechnet werden kann (vgl. Urk. 86 S. 10). Ihm fehlt es, ebenso wie anderen Studienabgängern, gänzlich an Arbeitserfahrung, weshalb es sich rechtfertigt, mit den Lohnerwartungen eines Studienabgängers von 26 Jahren zu rechnen. Dabei ergibt sich mit diesem Alter und den obgenannten Parametern ein Brutto-Lohnmedian von Fr. 8'862.– (in einem Betrieb von 50 und mehr Beschäftigten) oder Fr. 7'954.– (in einem Betrieb mit weniger als 20 Beschäftigten), was im Durchschnitt Fr. 8'408.– entspricht. Der Lohnrechner des SECO ermittelt mit denselben Parametern ein Brutto-Lohnmedian von Fr. 7'700.–

- 36 - (www.entsendung.admin.ch/Lohnrechner/lohnberechnung; besucht am 12. Dezember 2022). Bei diesen Beträgen handelt es sich um den Medianlohn in der entsprechenden Kategorie. Dies bedeutet, dass 50 % der Gruppe mehr und 50 % der Gruppe weniger verdienen. Aufgrund seiner Sehbehinderung, seines bereits fortgeschrittenen Alters und der zurückliegenden länger andauernden depressiven Episode, die aus Arbeitgebersicht (das Bekanntwerden vorausgesetzt) zu zusätzlichen Unsicherheiten führen kann, ist davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner den Lohnmedian gemäss den Lohnrechnern nicht erreichen wird. Er wird sehr wahrscheinlich zur Gruppe derjenigen gehören, die ein Einkommen unter dem Medianlohn erzielen. Unter Berücksichtigung dieser Aspekte ist bei zusätzlich fehlender Arbeitserfahrung davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner in einem 100 %-Pensum als Jurist einen Bruttolohn von maximal Fr. 7'200.– erzielen könnte. Bei einem 60 %-Pensum mit 40 % Leistungsfähigkeit entspricht dies einen Bruttomonatslohn von Fr. 2'880.– (inkl. 13. Monatslohn). Unter Berücksichtigung der üblichen Lohnabzüge (Arbeitnehmerbeitrag an AHV von 5.3 % = Fr. 152.64; Arbeitnehmerbeitrag an ALV von 1.1 % = Fr. 31.68; Arbeitnehmerbeitrag an die Nichtberufsunfallversicherung von 0.5 % = Fr. 14.40; Arbeitnehmerbeitrag an die Pensionskasse von 4.25 % = Fr. 122.40; Risikoprämie an die Pensionskasse von 0.5 % = Fr. 14.40) resultiert ein monatlicher Nettolohn (inkl. 13. Monatslohn) von rund Fr. 2'545.–.

E. 3.1.12

Bei der Frage nach dem Zeitpunkt der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gilt es zu berücksichtigen, dass dem Betroffenen eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen ist, um die rechtlichen Vorgaben in die Wirklichkeit umzusetzen (BGE 129 III 417 E. 2.2 m.H.; BGer 5P.388/2003 vom 7. Januar 2004, E. 1.1). Dabei muss die Übergangsfrist ihrem Zweck und den Umständen angemessen sein (vgl. BGer 5C.138/2006 vom 18. Juli 2006, E. 3 mit Hinweisen insbes. auf BGE 129 III 417 E. 2.2). In der Regel beträgt die Übergangsfrist drei bis sechs Monate. Sie beginnt frühestens mit der erstmaligen gerichtlichen Eröffnung der Umstellungsfrist zu laufen. Eine rückwirkende Anrechnung des hypothetischen Einkommens ist nur in Ausnahmefällen möglich, wenn der betroffenen Person ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden kann oder wenn die geforderte Umstellung in ihren Lebensverhältnissen und das Erfordernis eines ver-

- 37 - mehrten beruflichen Einsatzes für sie vorhersehbar gewesen sind (Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, FamP- ra.ch 2014 S. 302 ff.,

S. 342 mit weiteren Hinweisen). Ein unredliches Verhalten im Hinblick auf die Ausschöpfung seiner Eingenversorgungskapazität kann dem Gesuchsgegner nicht vorgeworfen werden, weswegen eine rückwirkende Anrechnung des hypothetischen Einkommens auf dieser Basis ausgeschlossen ist. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die geforderte Umstellung in seinen Lebensverhältnissen und das Erfordernis eines beruflichen Einsatzes für den Gesuchsgegner vorhersehbar gewesen sind, sodass es sich rechtfertigen würde, von einer Übergangsfrist von in der Regel drei bis sechs Monaten abzuweichen. Der Gesuchsgegner hat sich seit dem erstinstanzlichen Urteil nicht um eine Anstellung bemüht, dies, obwohl er von der Vorinstanz dazu verpflichtet wurde. Darüber hinaus war für ihn die Aufnahme einer beruflichen Tätigkeit voraussehbar und kam nicht überraschend. Das Urteil der Vorinstanz hat der Gesuchsgegner am 17. November 2021 erhalten (Urk. 85/2). Seit Empfang des vorinstanzlichen Urteils musste er ernsthaft mit der baldigen Anrechnung eines hypothetischen Einkommens rechnen. Die Einwendungen des Gesuchsgegners richten sich auch nicht gegen die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens, sondern hauptsächlich gegen dessen Höhe (Urk. 86 S. 10 ff.). Allerdings war er bis Ende September 2022 nachweislich arbeitsunfähig. Zu beachten ist zudem, dass die Sehbehinderung den Einstieg ins Berufsleben erschwert. Die Suche nach einem Arbeitgeber, welcher einen Sehbehinderten-Arbeitsplatz zur Verfügung stellen kann und will, wird Zeit in Anspruch nehmen. Aus diesem Grund ist nicht von einer Übergangsfrist abzusehen. Es erscheint nach dem Gesagten angemessen, dem Gesuchsgegner ab 1. Mai 2023 ein hypothetisches monatliches Einkommen von Fr. 2'545.– netto anzurechnen.

E. 3.1.13

Der Gesuchsgegner erhielt IV-Taggelder in der Höhe von durchschnittlich Fr. 4'306.– bis und mit Juli 2021 (vgl. Urk. 87 S. 35, E. II.D.3.3.1). Seither erzielt der Gesuchsgegner bis zur Anrechnung des hypothetischen Einkommens ab 1. Mai 2023 kein Erwerbseinkommen mehr. Die Vorinstanz rechnete ihm ferner ein

- 38 - Einkommen aus der Vermietung der Wohnung in J._____ im Betrag von monatlich Fr. 1'035.– (bis Januar 2021) bzw. Fr. 950.– (ab Februar 2021) an (Urk. 87 S. 36 ff., E. II.D.3.3.3). Da dies von beiden Parteien im Berufungsverfahren nicht thematisiert wurde, ist weiter von diesem zusätzlichen Einkommen auszugehen. In Abweichung zum vorinstanzlichen Urteil sind dem Gesuchsgegner demnach für die Zeitspanne von 1. August 2021 bis 31. März 2023 Liegenschaftserträge von Fr. 950.– pro Monat und ab 1. April 2023 ein Einkommen von Fr. 3'495.– (Fr. 2'545.– hypothetisches Einkommen und Fr. 950.– Liegenschaftsertrag) anzurechnen. Im Übrigen bleibt es bei den Annahmen der Vorinstanz (Oktober 2020 bis Januar 2021: Fr. 5'341.–; Februar 2021 bis Juli 2021: Fr. 5'256.–).

E. 3.2

Einkommen der Gesuchstellerin

E. 3.2.1

Die Vorinstanz erwog, dass die Gesuchstellerin ein durchschnittliches Monatseinkommen von rund Fr. 1'200.– bei einem Pensum von ca. 30% erziele. In Anlehnung an die Schulstufenregel wäre der Gesuchstellerin frühestens ab August 2022 die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zumutbar. Die drei Kinder würden aber zumindest am Montag und Dienstag ganztags fremdbetreut und die Gesuchstellerin müsse am Donnerstag und Freitag nicht alle drei Kinder gleichzeitig betreuen. Mit der ADHS-Symptomatik von C._____ sei ein Mehraufwand hinsichtlich Betreuung und Aufsicht verbunden. Die Wahrnehmung

regelmässiger Schulgespräche sowie weiterer Termine (Beistand, Familienbegleitung) würden die Gesuchstellerin zusätzlich absorbieren. Zu berücksichtigen sei ferner, dass die Gesuchstellerin auch nicht an einzelnen Wochenenden auf eine vollständige Entlastung zufolge besuchsbedingter Abwesenheit der Kinder zurückgreifen könne. Die Fremdbetreuung aller Kinder am Montag und Dienstag sei demnach nicht mit einem möglichen Arbeitspensum von 40% gleichzusetzen. Das von der Gesuchstellerin wahrgenommene Pensum von ca. 30% sei den konkreten Verhältnissen angemessen und zur Ausübung eines höheren Arbeitspensums sei sie einstweilen nicht gehalten. Die Gesuchstellerin erziele mit ihren aktuellen Anstellungen Einkünfte, die sich im Bereich des ihr anrechenbaren Einkommens bewegen würden. Die Vorinstanz führte weiter aus, dass die rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ausser Frage stehe. Die Voraussetzungen seien nicht er-

- 39 - füllt. So habe sich die Gesuchstellerin weder unredlich verhalten, noch sei für sie die geforderte Umstellung im Sinne der Rechtsprechung klar vorhersehbar gewesen (Urk. 87 S. 32 ff. E. II.D.3.1).

E. 3.2.2

Der Gesuchsgegner beantragt, dass der Gesuchstellerin ab 1. Februar 2022 ein hypothetisches Einkommen von 60 % anzurechnen sei (Urk. 86 S. 2). Zur Begründung führt er aus, dass für ihn die Notwendigkeit einer kinderfreien Zeit der Gesuchstellerin im bisherigen Umfang nicht nachvollziehbar sei. Er bestreite die von der Vorinstanz aufgelisteten Hinderungsgründe für eine Ausweitung der Arbeitstätigkeit der Gesuchstellerin. Die Betreuung durch den Familienbeistand sei beendet und die Wahrnehmung von Schulgesprächen werde zwischen den Parteien aufgeteilt. C. _____ gehe selbständig zum Psychologen und die Söhne würden von der Gesuchstellerin mittlerweile für mehrere Stunden alleine zu Hause gelassen. Der Gesuchstellerin stünde längst genügend Zeit zur Verfügung, um einem 60 %-Pensum nachzugehen (Urk. 86 S. 27 f.).

E. 3.2.3

Die Gesuchstellerin wendet dagegen ein, dass sie sich in der aktuellen Situation dauerhaft alleine um die Kinder kümmern müsse. Übernehme der Gesuchsgegner punktuell und spontan die Betreuung einzelner Kinder, müsse sie sich in dieser Zeit dennoch um die anderen Kinder kümmern. Es stünden ihr somit keinerlei längere Ruhepausen zur Verfügung. In der Zeit, in welcher die Kinder im Hort betreut würden, arbeite sie an drei verschiedenen Arbeitsstellen. Sie bemühe sich, eine einzelne Arbeitsstelle zu finden, welche sich besser mit ihrer faktischen Stellung als alleinerziehende Mutter vereinbaren lasse. In ihrer aktuellen Situation gerate sie regelmässig an ihre persönliche Belastungsgrenze. Insbesondere die alleinige Betreuung des ältesten Kindes C. _____ mit seiner ADHS-Symptomatik sei enorm belastend und energieraubend (Urk. 98 S. 7).

E. 3.2.4

Vorab ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen, wonach dem hauptbetreuenden Elternteil im Normalfall ab der obligatorischen Beschulung des jüngsten Kindes eine Erwerbsarbeit von 50 %, ab dessen Eintritt in die Sekundarstufe I eine solche von 80 % und ab dessen Vollendung des 16. Lebensjahres ein Vollzeiterwerb zuzumuten ist (BGE 144 III 481 E. 4.7.6). Wie die Vorinstanz richtig erwog, wäre demnach der Gesuchstellerin ab August 2022 die Auf-

- 40 - nahme einer Erwerbstätigkeit von 50 % zumutbar gewesen (vgl. Urk. 87 S. 33, E. II.D.3.1.2). Von diesen Richtlinien kann aber aufgrund pflichtgemässer gerichtlicher Ermessensausübung im Einzelfall abgewichen werden. Beispielsweise darf Berücksichtigung finden, dass bei vier Kindern die verbleibende ausserschulische Betreuungslast (Aufgabenhilfe, Vorkehrungen im Krankheitsfall, Kindergeburtstage, Hilfestellung bei der Ausübung von Hobbys etc.) deutlich grösser ist als bei nur einem Kind und deshalb eine Erwerbstätigkeit von 50 % bzw. 80 % gemäss Schulstufen allenfalls nicht zumutbar ist. Eine erhöhte Betreuungslast kann sich auch durch eine Behinderung eines Kindes ergeben (BGE 144 III 481 E. 4.7.9). Nicht erlaubt ist es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedenfalls, vom Schulstufenmodell mit der pauschalen Begründung abzuweichen, dass genügend finanzielle Mittel vorhanden seien, um den Bedarf der Familie zu decken, und der Unterhaltsberechtigte deshalb keiner Arbeit nachgehen bzw. das Arbeitspensum nicht ausdehnen müsse. Vielmehr sind in Fällen, in denen erstellt ist, dass mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr ernsthaft gerechnet werden kann, im Rahmen von Art. 163 ZGB die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien, namentlich der Vorrang der Eigenversorgung, miteinzubeziehen (BGE 147 III 301, E. 6.2; BGer 5A_42/2020 vom 30. März 2021, E. 5.5). Mit Ausnahme der bisher gelebten Betreuung (Kontinuitätsprinzip) sollten daher vor allem zukunftsbezogene Argumente in die Beurteilung Eingang finden.

E. 3.2.5

Wie bereits erwähnt setzte sich die Vorinstanz mit der ADHS-Problematik von C._____ auseinander (Urk. 87 S. 14 f., E. II.C.2.3.5). Darauf kann verwiesen werden. Vor diesem Hintergrund ist ein überdurchschnittlicher Betreuungsaufwand für C._____ wegen dessen hyperkinetischen Störung und mangelnder Impulskontrolle glaubhaft. Daran ändert nichts, dass C._____ nun mittlerweile selbständig zum Psychologen gehen soll. Wenn der Gesuchsgegner nun eine Beruhigung der ADHS-Problematik behauptet (vgl. Urk. 103 S. 7), ist ihm entgegenzuhalten, dass er selbst eine Betreuung von C._____ auch nur für einzelne Stunden als unzumutbar erachtet (vgl. Urk. 86 S. 8). Die Gesuchstellerin hat darüber hinaus noch die beiden anderen Kinder zu betreuen. Eine gleichzeitige Betreuung aller drei Kinder wird durch den Gesuchsgegner nie wahrgenommen. Zusätzlich arbeitet die Gesuchstellerin in der Zeit, in welcher die Kinder fremdbetreut werden.

- 41 - Zusammen mit dem eng begrenzten Besuchsrecht (vgl. E. III.1) führt dies dazu, dass die Gesuchstellerin zu praktisch keiner Zeit von der Betreuung aller drei Kinder befreit ist. Unter diesen Umständen ist der Vorinstanz weder eine Rechtsverletzung noch eine Ermessensüberschreitung vorzuwerfen, wenn sie die Gesuchstellerin einstweilen nicht zur Aufnahme eines 50 %-Pensums verpflichtete.

E. 3.2.6

Sodann kann der Gesuchsgegner nichts zu seinen Gunsten ableiten, wenn er ausführt, dass die Vorinstanz anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 12. Januar 2021 der Gesuchstellerin ein Pensum von 40 % zugemutet habe (Urk. 86 S. 28; Urk. 103 S. 7). Die Darlegungen des Gerichts und die Äusserungen der Parteien in Vergleichsverhandlungen sind unpräjudiziell und vertraulich (vgl. KUKO ZPO-Richers/Naegeli, Art. 235 N 10). Die richterlichen Darlegungen erfolgen mit Blick auf die Vergleichsgespräche, d.h. um den Parteien eine Entscheidungsgrundlage für eine allfällige Einigungslösung zu liefern. Die Erörterungen sind in dem Sinne "frei", als dass sie formlos sind und das Gericht an sie in-

folge ihrer Vorläufigkeit nicht gebunden ist und auf ihnen nicht behaftet werden darf; sie werden denn auch nicht protokolliert (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 226 N 6).

E. 3.2.7

Schliesslich setzt sich der Gesuchsgegner mit seinem Einwand, dass die Gesuchstellerin aufgrund ihrer Qualifikation einen deutlich höheren Verdienst erzielen könne (Urk. 103 S. 6), nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid auseinander. Die Vorinstanz erwog, dass die Gesuchstellerin ihre Ausbildung in Bosnien als Primarschullehrerin hierzulande mangels erforderlicher Leistungsnachweise nicht ausüben könne (Urk. 87 S. 33, E. II.D.3.1.2). Der Gesuchsgegner zeigt nicht ansatzweise auf, ob und wie die Ausbildung der Gesuchstellerin in der Schweiz anerkannt und eine entsprechende Lehrtätigkeit ausgeübt werden könnte.

E. 3.2.8

Soweit der Gesuchsgegner eine rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens beantragt, kann auf die zutreffende vorinstanzliche Erwägung verwiesen werden (Urk. 87 S. 34, E. II.D.3.1.3). Der Gesuchsgegner macht weder ein unredliches Verhalten der Gesuchstellerin noch eine Vorhersehbarkeit glaubhaft geltend. Die Voraussetzungen für eine rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sind nicht erfüllt. Schliesslich ist die Vermutung des Ge-

- 42 - suchsgegners, dass die Gesuchstellerin kurz nach Aufnahme der Arbeitstätigkeit ihr Arbeitspensum erhöhte (vgl. Urk. 86 S. 6), durch nichts belegt. Im Ergebnis ist der vorinstanzliche Entscheid in Bezug auf das Einkommen der Gesuchstellerin nicht zu beanstanden.

E. 3.3

Weitere Einkommen Die Einkommen der Kinder von je Fr. 200.– Kinderzulage pro Monat blieben unangefochten. Auf den Vermögensverzehr, den der Gesuchsgegner gemäss angefochtenem Entscheid hinzunehmen hat, wird noch einzugehen sein (vgl. nachfolgend E. III.6.). Ohne Berücksichtigung eines Vermögensverzehrs stellen sich die monatlichen Nettoeinkommen in Franken, inkl. 13. Monatslohn, nach dem Erwogenen zusammengefasst wie folgt dar: Zeitspanne Gesuchstellerin Kinder Gesuchsgegner Oktober 2020- Januar 2021 0.– 0.– 5'341.– Februar 2021 - Juli 2021 0.– 0.– 5'256.– August 2021 - April 2022 1'200.– 600.– 950.– Mai 2022- April 2023 1'200.– 600.– 950.– ab Mai 2023 1'200.– 600.– 3'495.–

E. 4

Bedarf

E. 4.1

Fremdbetreuungskosten

E. 4.1.1

Der Gesuchsgegner beantragte vor Vorinstanz, dass die Fremdbetreuungskosten für die gemeinsamen Kinder zu Lasten der nichterwerbstätigen Gesuchstellerin gehen sollen (Urk. 39 S. 4) und hält im Berufungsverfahren an diesem Antrag fest (Urk. 86 S. 2 und 28). Die Vorinstanz rechnete D. _____ Fr. 58.– pro Monat für den Mittagstisch (drei Wochentage; Urk. 22/11) und E. _____ Fr. 144.– pro Monat für die Krippe (drei Tage pro Woche; Urk. 22/10; Urk. 42 S. 7) im Bedarf an. Sie erwog dazu, dass für die vom Gesuchsgegner geforderte Überbindung der Fremdbetreuungskosten auf die

Gesuchstellerin kein Anlass bestehe. Die Eltern hätten sich an den Bedarfskosten der Kinder entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit zu beteiligen. Eine quasi pönale Auferlegung einzelner Auslagen

- 43 - zulasten des nicht erwerbstätigen Elternteils habe zu unterbleiben (Urk. 86 S. 45, E. II.D.4.3).

E. 4.1.2

Der Gesuchsgegner beanstandet dies und verweist auf Art. 276 ZGB sowie die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der obhutsberechtigte Elternteil seinen Unterhaltsbeitrag bereits vollständig in natura leiste, solange das Kind unter dessen alleinigen Obhut stehe, mit diesem in einem Haushalt lebe und den anderen Elternteil nur im Rahmen des Besuchs- und Ferienrechts sehe. Die Leistung des Unterhaltsbeitrags in natura erfolge nicht dadurch, dass die Gesuchstellerin die Obhut über die Kinder innehabe, vor allem nicht dann, wenn sie die Kinder ohne triftigen Grund fremdbetreuen lasse, während von ihm erwartet werde, dass er dafür finanziell aufkomme. Dies sei auch deshalb stossend, weil ihm wegen seiner gesundheitlichen Einschränkungen die Übernahme der Obhut gar nicht möglich wäre. Es sei nicht nachvollziehbar, dass er für die Kosten der Fremdbetreuung von D._____ und E._____ während einer Zeit aufkommen soll, während der die Gesuchstellerin zu Hause gesessen habe (Urk. 86 S. 28).

E. 4.1.3

Der Gesuchsgegner setzt sich mit dem vorinstanzlichen Urteil nicht hinreichend auseinander. Mit seinem Hinweis auf Art. 276 ZGB und die bundesgerichtliche Rechtsprechung vermag er keine falsche Rechtsanwendung durch die Vorinstanz aufzuzeigen. Vielmehr hat die Vorinstanz das Recht richtig angewandt. Gemäss Art. 285 Abs. 2 ZGB dient der Unterhaltsbeitrag auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte. Dabei gilt der Grundsatz, dass die Eigen- und die Fremdbetreuung als gleichwertig anzusehen sind. Zudem hat die Gesuchstellerin im Zeitraum August/September 2021 drei Teilzeitanstellungen auf Stundenlohnbasis angetreten (Urk. 87 S. 32). Die kostenpflichtige Drittbetreuung ist daher im Rahmen des Barunterhaltes zu berücksichtigen, welcher alle (direkten) Kosten für das Kind abdeckt, d.h. sämtliche an Dritte für die notwendige Pflege, Erziehung und Ausbildung des Kindes zu erbringenden Entgelte (BGE 144 III 481, E. 4.3 und 4.7.1; vgl. Botschaft, BBl 2014 540 Ziff. 1.3.1, 551 Ziff. 1.5.2 und 576 Ziff. 2.1.3). Auch die Sehbehinderung des Gesuchsgegners rechtfertigt es vorliegend nicht, von dieser Regelung abzuweichen. Die Berufung ist in diesem Punkt unbegründet.

- 44 -

E. 4.2

Assistenzleistungen

E. 4.2.1

Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner im Bedarf Fr. 400.– pro Monat für Kosten zur Vergütung von Drittleistungen an, welche allenfalls nicht von den Assistenzbeiträgen der SVA gedeckt sind. Damit könne er rund 13 Stunden monatlich zu einem Stundenansatz von Fr. 30.– finanzieren (Urk. 87 S. 47, E. II.D.4.3).

E. 4.2.2

Der Gesuchsgegner macht geltend, dass er gemäss Vorbescheid der SVA St. Gallen vom 29. April 2021 nur Fr. 756.30 pro Monat an Assistenzbeiträgen erhalten werde (Urk. 86 S. 22; Urk. 91/14). Weiter falle die von der Vorinstanz angenommene Rückerstattung der SVA tiefer aus, da er seinen Bruder am 1. Februar 2020 angestellt habe und die SVA jedoch Kosten erst ab 1. Juni 2021 [recte: 2020] erstatte. Ebenfalls würden nur regelmässige Kosten und wiederkehrende Ausgaben erstattet werden. Sein Bruder habe aber während mehreren Monaten administrative Arbeiten erledigt und ihn bei seinem Umzug unterstützt. Diese Assistenzleistungen würden nicht vergütet. Nach Abzug der bisherigen Hilflosenentschädigung in der Höhe von Fr. 478.– betrage der Assistenzbeitrag nur Fr. 278.30 pro Monat (Urk. 86 S. 22).

E. 4.2.3

Falsch ist, dass die Hilflosenentschädigung von den Assistenzbeiträgen in der Höhe von Fr. 756.30 abzuziehen ist. Gemäss dem Vorbescheid der SVA St. Gallen vom 29. April 2021 geht der Assistenzbeitrag von 37.06 Stunden pro Monat aus, von welchem die Leistungen der Hilflosenentschädigung (14.28 Stunden pro Monat) abgezogen und folglich dem Gesuchsgegner ein Assistenzbeitrag von 22.78 Stunden zugestanden wurde. (Urk. 91/14 S. 2). Damit wurde die Hilflosenentschädigung bereits in der Berechnung berücksichtigt. Der Gesuchsgegner erhält nach Abzug der Hilflosenentschädigung Assistenzbeiträge in der Höhe von Fr. 756.30 bzw. Fr. 763.15 (ab 1. Januar 2021). Zusammen mit den zugestandenen Fr. 400.– pro Monat für Vergütung von Dritteleistungen, stehen dem Gesuchsgegner monatlich Fr. 1'156.30 zur Verfügung, um Assistenzleistungen zu bezahlen. Darüber hinaus erhält der Gesuchsgegner eine Hilflosenentschädigung von Fr. 478.38 pro Monat. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, geht es nicht an, die Hilflosenentschädigungen zweckmässig ausschliesslich auf die Pflege gesell-

- 45 - schaftlicher Kontakte zu beschränken, sondern sie ist auch für Dritthilfe aufzuwenden (vgl. Urk. 87 S. 46, E. II.D.4.3). Der Gesuchsgegner selbst verlangte im erstinstanzlichen Verfahren jedoch Fr. 1'800.– pro Monat für Assistenzleistungen im Umfang von durchschnittlich 60 Stunden pro Monat (Urk. 39 S. 24). Er reichte hierzu allerdings bloss eine Bestätigung seines Bruders ein, welche notwendige Assistenzleistungen von 885 Stunden im Jahr 2020 belegen sollen (Urk. 41/36). Damit gelingt es dem Gesuchsgegner nicht, die Notwendigkeit von Assistenzleistungen im geltend gemachten Umfang glaubhaft zu machen. Insbesondere, da die SVA St. Gallen in ihrem Vorbescheid ein Assistenzbeitrag von 37.06 Stunden pro Monat (inkl. Hilflosenentschädigung) als angemessen erachtete. Unter diesen Umständen erscheinen die durch die Vorinstanz angerechneten Kosten von Fr. 400.– pro Monat für die Vergütung von Dritteleistungen, welche nicht von den Assistenzbeiträgen der SVA gedeckt sind, als ausreichend.

E. 4.2.4

Aus dem Umstand, dass die SVA keine unregelmässigen Assistenzleistungen vergütet, kann der Gesuchsgegner keinen höheren monatlichen Betrag geltend machen. Einerseits belegt der Gesuchsgegner die unregelmässigen Assistenzleistungen nicht und andererseits waren die damals beanspruchten Dritteleistungen Folge seines Auszugs und der notwendigen Neuorganisation, weshalb sich eine regelmässige Berücksichtigung nicht rechtfertigt.

E. 4.2.5

Die von der Vorinstanz veranschlagten Fr. 30.– pro Monat für anteilmässige Ausgaben für Hilfsmittel werden nicht beanstandet und sind unverändert zu übernehmen. Im Ergebnis sind unter dem Titel Assistenz im Bedarf des Gesuchgegners damit insgesamt Fr. 430.– anzurechnen.

E. 4.3

Zwischenergebnis Die beanstandeten Bedarfspositionen sind nach dem Gesagten zu bestätigen. Dies führt unter Berücksichtigung der unangefochten gebliebenen Positionen zu

- 46 - denselben Bedarfszahlen, wie sie die Vorinstanz feststellte. Der Bedarf präsentiert sich damit wie folgt: Ab 1. Oktober 2020 bis 30. September 2021 (siehe Urk. 87 S. 43): Ab 1. Oktober 2021 (siehe Urk. 87 S. 48):

- 47 -

E. 5

Unterhaltsberechnung

E. 5.1

Ausgangslage Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Unterhaltsberechnung zutreffend dargelegt (Urk. 87 S. 26 ff., E. II.D.1). Darauf ist zu verweisen. Zur Berechnung des Kinderunterhalts wandte die Vorinstanz die zweistufige Berechnungsmethode an (Existenzminimumberechnung mit allfälliger Überschussverteilung; Urk. 87 S. 28 f., E. II.D.1.3). Dabei ging sie von vier – sich am Einkommen der Parteien orientierenden – Phasen aus. Phase 1 beginnt am 1. Oktober 2020 und dauert bis zum 31. Januar 2021. Die zweite Phase dauert von 1. Februar 2021 bis und mit 30. September 2021. Phase 3 beginnt am 1. Oktober 2021 und dauert bis zum 30. April 2022. Die letzte Phase beginnt am 1. Mai 2022 und gilt für die weitere Dauer des Getrenntlebens (Urk. 87 S. 42 und 51, E. II.D.3.4 und 5). Die Phasenbildung wird von keiner Partei kritisiert.

E. 5.2

Unterhaltsberechnung für die Phase 1 Für diese Zeitspanne (1. Oktober 2020 bis zum 31. Januar 2021) sind im Berufungsverfahren keine Korrekturen vorzunehmen. Entsprechend kann zur Unterhaltsberechnung (inkl. Manko) auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 87 S. 49, E. II.D.5).

E. 5.3

Unterhaltsberechnung für die Phasen 2 und 3 In der Phase 2 vom 1. Februar 2021 bis zum 30. September 2021 beträgt das monatliche Einkommen des Gesuchgegners bis und mit Juli 2021 Fr. 5'256.– und ab August 2021 Fr. 950.– (E. III.3.1.13 und III.3.3). Der Gesuchgegnern war somit grundsätzlich im August und September 2021 nicht mehr in der Lage, mit seinem eigenen Einkommen seinen Bedarf zu decken und er vermag daher nicht für den Unterhalt der Kinder aufzukommen. Auch in der Phase 3 (ab 1. Oktober 2021 bis 30. April 2022) können beide Parteien mit ihrem eigenen Ein-

- 48 - kommen ihren eigenen Bedarf nicht decken, weshalb grundsätzlich auch kein Unterhalt geschuldet wäre. Die Vorinstanz erachtete es jedoch als zumutbar, den Gesuchgegnern zur Anzehrung seines Vermögens für die Unterhaltsbeiträge von August 2021 bis April 2022 anzuhalten und verpflichtete den Gesuchgegnern zu Unterhaltszahlungen im bisherigen Umfang (Urk. 87 S. 41 und S. 59). Darauf sowie auf die mögliche Auswirkung auf die Mankos der Kinder ist nachfolgend einzugehen (vgl. E.

III.6).

- 49 -

E. 5.4

Unterhaltsberechnung für die Phase 4 In der Phase 4 vom 1. Mai 2022 bis zum 30. April 2023 präsentieren sich die Einkommens- und Bedarfszahlen wie folgt: GSin GG C. _____ D. _____ E. _____ Einkommen Fr. 1'200.– 950.– 200.– 200.– 200.– ./ Bedarf Fr. 2'549.15 3'521.88 948.85 805.55 892.85 Manko Fr. -1'349.15 -2'571.88 -748.85 -605.55 -692.85 Unterhaltsbeitrag Fr. – – – – – In dieser Zeitspanne weist die Gesuchsgegnerin ein Eigenversorgungsmanko von Fr. 1'349.15 auf. Bei diesem Betrag handelt es sich gleichzeitig um den Anspruch der Kinder auf Betreuungsunterhalt. Der Gesuchsteller ist in dieser Phase nicht leistungsfähig. Entsprechend ist im Dispositiv festzuhalten (vgl. Art. 301a ZPO, Deklarationspflichten), dass der Unterhalt von C. _____ im Umfang von gerundet Fr. 749.–, von D. _____ im Umfang von gerundet Fr. 606.– und jener von E. _____ im Umfang von gerundet Fr. 2'042.– (hiervon 1'349.– Betreuungsunterhalt) ungedeckt bleibt.

E. 5.5

Unterhaltsberechnung für die Phase 5 Ab 1. Mai 2023 (Phase 5) ist dem Gesuchsgegner ein hypothetisches Einkommen für ein 60 %-Pensum mit 40 % Leistungsfähigkeit in Höhe von 2'545.– anzurechnen (vgl. vorstehende Erw. III.3.1.12). Insgesamt erzielt der Gesuchsgegner damit ein Einkommen von Fr. 3'495.– pro Monat (Fr. 2'545.– hypothetisches Einkommen und Fr. 950.– Liegenschaftsertrag), womit noch ein Eigenversorgungsmanko von Fr. 26.– resultiert. Er ist weiterhin nicht in der Lage, für den Unterhalt der Kinder aufzukommen. Hinsichtlich der Einkommens- und Bedarfszahlen der Gesuchstellerin und der Kinder ergeben sich keine Änderungen. Es bleibt in dieser Phase dabei, dass der Unterhalt von C. _____ im Umfang von gerundet Fr. 749.–, von D. _____ im Umfang von gerundet Fr. 606.– und jener von E. _____ im Umfang von gerundet Fr. 2'042.– (hiervon Fr. 1'349.– Betreuungsunterhalt) ungedeckt ist.

- 50 -

E. 6

Vermögensverzehr

E. 6.1

Die Vorinstanz erachtete es als zumutbar, den Gesuchsgegner zur Anzehung seines Vermögens für die Unterhaltsbeiträge von August 2021 bis April 2022 anzuhalten. Durch die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge werde er für neun Monate maximal einen Vermögensverzehr von Fr. 14'445.– hinnehmen müssen (Urk. 87 S. 59, E. II.D.6.5). Die Vorinstanz begründet dies damit, dass es bis Juni 2020 der ehelichen Lebenshaltung entsprochen habe, Vermögen zur Finanzierung der Lebenshaltungskosten zu verwenden, was vom Gesuchsgegner auch bestätigt worden sei. Gemäss der Steuererklärung des Jahres 2020 habe das verfügbare Vermögen Fr. 35'178.– betragen. Gegenüber 2019 liege damit eine Reduktion des Vermögens von Fr. 171'800.– (Fr. 206'982.– ./ Fr. 35'178.–) vor. Unter Berücksichtigung der ausgerichteten IV-Taggelder von Fr. 25'840.– sei während eines Jahres Fr. 197'640.– verbraucht worden (Urk. 87 S. 52 f., E. II.D.6.3). Der Gesuchsgegner begründete diesen Vermögensverzehr mit diversen Geldabgängen und machte insgesamt einen Verbrauch von Fr. 201'550.– geltend (vgl. Urk. 39 S. 27 ff.). Die Vorinstanz setzte

sich mit den einzelnen Geldabgängen auseinander und kam zum Schluss, dass nur ein Verbrauch von Fr. 142'894.20 glaubhaft gemacht sei (vgl. Urk. 87 S. 53 ff., E. II.D.6.4). Per Ende März 2021 sei dem Gesuchsgegner insgesamt ein Vermögen in der Höhe von Fr. 98'838.– (gerundet) anzurechnen. Dabei seien die Mietzinseinnahmen der Liegenschaft in J. _____ [Ort] von rund Fr. 12'000.– nicht miteinberechnet worden (Urk. 87 S. 58, E. II.D.6.5).

E. 6.2

Der Gesuchsgegner beanstandet, dass zahlreiche von ihm aufgeführte Ausgaben betreffend den Vermögensverzehr im Jahr 2020 von der Vorinstanz in unzulässiger Weise als nicht plausibel erachtet worden seien. Das Resultat sei ein theoretisch vorhandenes Vermögen (Urk. 86 S. 19). Die Vorinstanz habe mit einer ungerechtfertigten Strenge seine Ausgaben korrigiert und dabei vergessen, dass etliche Ausgaben von ihm nicht zu beweisen seien und er viele Ausgaben schlichtweg vergessen habe (Urk. 86 S. 20 f.). In der Folge beanstandet der Gesuchsgegner einzelne Abzüge, welche die Vorinstanz zu Unrecht vorgenommen habe (Urk. 86 S. 23 ff.). Die Gesuchstellerin erwidert, dass sich der Gesuchsgeg-

- 51 - ner auf appellatorische Kritik beschränke, ohne sich mit den Ausführungen der Vorinstanz zu beschäftigen (vgl. Urk. 98 S. 7).

E. 6.3

Grundsätzlich ist der Unterhalt aus dem laufenden Einkommen (Erträge aus Arbeit und Vermögen) zu decken; ausnahmsweise kann auf die Substanz des Vermögens gegriffen werden, wenn die Mittel für die Deckung des Unterhalts sonst nicht ausreichen. Dabei spielt es keine Rolle, ob es um ehelichen, nahehe-lichen oder Kindesunterhalt geht (BGE 147 III 393 E. 6.1.1). Ob und in welchem Umfang es als zumutbar erscheint, Vermögen für den laufenden Unterhalt einzusetzen, ist anhand sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Zu diesen Umständen gehören die Bedeutung des anzugreifenden Vermögens, die Funktion und Zusammensetzung desselben sowie das Ausmass des Vermögensverzehrs, und zwar sowohl hinsichtlich des Umfangs als auch der Dauer (BGE 147 III 393 E. 6.1.2). Es ist klarzustellen, dass es keinen vorbehaltlosen Anspruch auf Beibehaltung des zuletzt gemeinsam gelebten Standards gibt und dieser gegebenenfalls herabgesetzt werden kann. Besteht eine eigentliche Mankosituation und geht es darum, das betriebsrechtliche Existenzminimum (Grundbedarf) zu decken, kann auf das Vermögen gegriffen werden, selbst wenn die Ersparnisse nicht besonders bedeutend sind. Je nach Höhe des Vermögens kann dieses zur Deckung des familienrechtlichen Existenzminimums oder aber des über das familienrechtliche Existenzminimum hinausgehenden gebührenden Unterhalts bzw. des zuletzt gelebten Standards herangezogen werden (BGE 147 III 393 E. 6.1.6).

E. 6.4

Soweit der Gesuchsgegner der Vorinstanz eine unangemessene Strenge bei der Beurteilung vorwirft (vgl. Urk. 86 S. 20 f.), ist mit der Gesuchstellerin festzustellen, dass es sich bei diesen Ausführungen um appellatorische Kritik handelt. Er setzt sich mit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht auseinander und zeigt mit seinen allgemeinen Beanstandungen weder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung noch eine unrichtige Rechtsanwendung auf. Gleich verhält es sich im Hinblick auf die geltend gemachten Unterhaltskosten der Liegenschaft. Der Gesuchsgegner kritisiert, dass die mit Rechnungen

belegten Kosten für die Instandhaltung des Einfamilienhauses zu Unrecht nicht berücksichtigt worden seien. Er

- 52 - habe die Notwendigkeit der Sanierung des Vordachs durch Fotos hinlänglich bewiesen (Urk. 86 S. 21). Die Vorinstanz erwog jedoch, dass von den insgesamt geltend gemachten Unterhaltskosten von Fr. 14'776.– lediglich Fr. 4'680.– durch Rechnungen ausgewiesen seien (Urk. 87 S. 37, E. II.D.3.3.3). Der Gesuchsgegner legt nicht dar, dass die Vorinstanz eingereichte Rechnungen nicht berücksichtigt hätte. Nichts anderes würde folgen, wenn man davon ausginge, dass den Gesuchsgegner zwar nicht die Beweislast trifft, er jedoch aufgrund seiner Beweisnähe die entsprechenden Auskünfte und Belege beizubringen hat. Unbegründet sind schliesslich seine Einwände betreffend den Abschluss eines Verwaltungsvertrages (vgl. Urk. 86 S. 21 f.). Die Vorinstanz hat die Verwaltungskosten gemäss Verwaltungsvertrag ab 1. Februar 2021 vollumfänglich angerechnet (Urk. 87 S. 37, E. II.D.3.3.3). Der Gesuchsgegner ist in diesem Punkt nicht beschwert. Die Vorinstanz berechnete gestützt auf die Verwaltungs- und Unterhaltskosten sein Einkommen aus Liegenschaftsertrag. Dieses Einkommen berücksichtigte sie bei der Berechnung des Vermögensabgangs indes nicht. Die Einwände betreffend Sanierungskosten und Verwaltungsvertrag sind damit in Bezug auf den Vermögensverzehr ohnehin irrelevant.

E. 6.5

Die Vorinstanz reduzierte die vom Gesuchsgegner geltend gemachten übrigen Assistenzleistungen Dritter von Fr. 2'400.– auf Fr. 1'200.–, da nachvollziehbar sei, dass sich die Dokumentation solcher Vergütungen als schwierig erweise, der geltend gemachte Betrag aber als zu hoch anmude (Urk. 87 S. 57, E. II.D.6.4). Der Gesuchsgegner führt dagegen aus, dass die Kürzung dieser Assistenzleistungen nicht angebracht und sein Bruder nicht die einzige Assistenzperson sei. Er entschädige diese Leistungen mit Bargeld, Geschenken oder Einladungen. Er verlange dafür keine Quittungen (Urk. 86 S. 23). Der Gesuchsgegner gibt selber an, dass er die Vergütung der übrigen Assistenzleistungen nicht belegen könne. Inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen falsch ausgeübt hätte, indem sie dennoch die Hälfte der Kosten als glaubhaft erachtete, ist nicht ersichtlich. Die Rüge des Gesuchsgegners ist unbegründet.

E. 6.6

Die Wohnkosten im Zeitraum von 1. Februar 2020 bis 30. September 2020 im Umfang von Fr. 7'200.– für die Miete einer 2.5 Zimmerwohnung in J.____,

- 53 - sah die Vorinstanz mangels Belegen als nicht ausgewiesen an (Urk. 87 S. 53, E. II.D.6.4). Der Gesuchsgegner reichte im Rahmen der Berufung eine Bestätigung seines Bruders K.____ ein, wonach die Mietkosten Fr. 900.– pro Monat betragen haben (Urk. 86 S. 23; Urk. 91/15). Die Wohnkosten von Fr. 7'200.– sind damit ausgewiesen.

E. 6.7

Die Vorinstanz reduzierte die vom Gesuchsgegner geltend gemachten Lebenshaltungskosten in J.____ für den Zeitraum 1. Februar 2020 bis 30. September 2020 in der Höhe von Fr. 12'000.– auf Fr. 9'500.–. Zur Begründung führt sie aus, dass der Grundbetrag für eine alleinstehende Person von Fr. 1'350.– bei acht Monaten lediglich Fr. 10'800.– ergebe. Zudem sei zu berücksichtigen, dass sich der Gesuchsgegner an den Wochenenden in der vormals ehelichen Wohnung aufgehalten habe und demzufolge auch

nicht für den gesamten Zeitraum den Grundbetrag für eine alleinstehende Person beanspruchen könne (Urk. 87 S. 54, E. II.D.6.4). Der Gesuchsgegner moniert, dass sein Auszug aus der gemeinsamen Wohnung durch die Gesuchstellerin erzwungen worden sei, er an den Wochenenden manchmal nur einen Tag und sicherlich nicht regelmässig an beiden Tagen in Zürich gewesen sei, er zahlreiche Sachen habe neu anschaffen müssen und 35 kg abgenommen habe, weshalb er sich neu habe einkleiden müssen (Urk. 86 S. 23). Die Vorinstanz stützt sich offenbar auf die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG. Das Existenzminimum soll die Grundbedürfnisse absichern. Weshalb das Existenzminimum aber bei der Beurteilung des Vermögensverbrauchs relevant sein soll, ist nicht ersichtlich. Es ist notorisch, dass nicht alle Belege für die Lebenshaltungskosten aufbewahrt und damit bewiesen werden können. Zudem ist glaubhaft, dass die Lebenshaltungskosten des Gesuchsgegners höher waren als sein Existenzminimum. Sodann erscheinen die geltend gemachten Lebenshaltungskosten von Fr. 12'000.– für acht Monate nicht übersetzt. Entsprechend sind sie zu berücksichtigen.

E. 6.8

Für die Lebenshaltungskosten in Zürich für Januar 2020 sowie von Oktober bis und mit Dezember 2020 anerkannte die Vorinstanz Fr. 5'400.– statt der vom Gesuchsgegner geltend gemachten Fr. 9'000.–. Sie erwog, dass gemäss dem

- 54 - monatlichen Grundbetrag für eine alleinstehende Person von Fr. 1'350.– insgesamt ein Betrag Fr. 5'400.– resultiere (Urk. 87 S. 54, E. II.D.6.4). Der Gesuchsgegner bringt dagegen wiederum vor, dass sein Auszug aus der gemeinsamen Wohnung durch die Gesuchstellerin erzwungen worden sei und er 35 kg abgenommen habe, weshalb er sich neu einkleiden müsse. Weiter habe er nach seinem Umzug regelmässig auswärts gegessen oder sich das Essen liefern lassen (Urk. 86 S. 23 f.). Mit der obgenannten Begründung sind dem Gesuchsgegner auch für den Zeitraum Januar 2020 sowie Oktober bis und mit Dezember 2020 die geltend gemachten Lebenshaltungskosten von Fr. 9'000.– zuzugestehen.

E. 6.9

Die geltend gemachten Unterhaltskosten für den Elektroherd im Umfang von Fr. 3'100.– beachtete die Vorinstanz nicht, da diese nicht belegt seien (Urk. 87 S. 55, E. II.D.6.4). Der Gesuchsgegner reichte im Rahmen der Berufung eine Rechnung für den Elektroherd ein (Urk. 86 S. 25; Urk. 91/16 und 17). Die Kosten für den Elektroherd von Fr. 3'100.– sind damit ausgewiesen.

E. 6.10

Ein Vermögensabgang von Fr. 1'000.– für Fahrtkosten sah die Vorinstanz mangels Beleg nicht als glaubhaft an. Es läge hierfür kein Beleg vor und in der Bestätigung von K. _____ seien solche Auslagen nicht erwähnt (Urk. 87 S. 56, E. II.D.6.4). Dagegen wendet der Gesuchsgegner bloss ein, dass er seinem Bruder pauschal Fr. 1'000.– für 20 Fahrten zwischen J. _____ und Zürich sowie für unzählige Fahrten zu den Einrichtungsgeschäften vergütet habe (Urk. 86 S. 25). Der Gesuchsgegner setzt sich mit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht auseinander. Weiter macht er die 20 Autofahrten ebenfalls unter dem Titel "Assistenz K. _____" geltend (Urk. 86 S. 20). Eine doppelte Berücksichtigung fällt ausser Betracht.

E. 6.11

Die Vorinstanz kürzte die gelten gemachten Aufwendungen für Assistenzleistungen des Bruders K._____ von Fr. 24'780.– um die Hälfte auf Fr. 12'390.–. Sie erwog, dass eine entsprechende Bestätigung von K._____ vom 12. März 2021 vorliege. Bei den geltend gemachten 885 Stunden innerhalb von elf Monaten resultierte ein wöchentliches Studentotal von 20 Stunden bzw. ein 50 %-Pensum. Ein Aufwand in diesem Umfang erscheine selbst im Hinblick auf die

- 55 - Sehbehinderung des Gesuchsgegners nicht glaubhaft. Es sei weiter nicht ersichtlich, weshalb es von Juni bis September 2020 zu einer Verdoppelung der verrechneten Stunden gekommen sei. Die 117 Stunden pro Monat bzw. 30 Stunden pro Woche würden einem 70%-Pensum entsprechen. Der Bedarf an einer so umfangreichen Unterstützung werde vom Gesuchsgegner nicht näher begründet. Sodann spreche der Gesuchsgegner von Assistenzleistungen von K._____ und L._____, in der Bestätigung von K._____ findet sich kein Hinweis auf Hilfeleistungen der Ehefrau. Dieser Umstand werfe die Frage nach einer Gefälligkeitserklärung auf. Ausserdem datiere die Erklärung vom 12. März 2021 und sei daher nur wenige Tage vor der Verhandlung aufgesetzt worden (Urk. 87 S. 56 f., E. II.D.6.4). Der Gesuchsgegner macht geltend, dass die Assistenzleistungen zu Unrecht gekürzt worden seien. Er behauptet, die Vergütung für die Assistenzleistungen des Bruders im Jahre 2020 sei hinreichend belegt. Auch seien die sozialversicherungsrechtlichen Beiträge ordnungsgemäss entrichtet worden (Urk. 86 S. 25). Die Leistungen seines Bruders seien in dessen Bestätigung aufgelistet. Im Jahr 2020 habe der Bruder bei der Einrichtung der 2.5-Zimmerwohnung, der Aufarbeitung der seit 2016 liegen gebliebenen Dokumente, der Beschaffung von Einrichtungsgegenständen, der Installation von EDV geholfen und 20 Autofahrten durchgeführt (Urk. 86 S. 26). Im Recht liegt lediglich eine Bestätigung von K._____, worin dieser diverse Tätigkeiten auflistet und angibt, den Gesuchsgegner im Zeitraum vom 1. Februar 2020 bis 31. Dezember 2020 mit diesen Tätigkeiten während insgesamt 885 Stunden unterstützt sowie dafür Fr. 24'780.– erhalten zu haben (Urk. 41/36). Der Gesuchsgegner reicht diesbezüglich keine Zahlungsbestätigung seiner Bank ein, was ihm betreffend die geleisteten Zahlungen aber ohne weiteres möglich gewesen wäre (vgl. Urk. 91/13). Neu reicht er eine Lohndeklaration, mit welcher er gegenüber der SVA Zürich den ausbezahlten Lohn angibt (Urk. 91/18), eine Offerte für die obligatorische Unfallversicherung (Urk. 91/19), eine Anmeldung zum Bezug von Familienzulagen für K._____ (Urk. 91/20), einen Fragebogen zur AHV-Beitragspflicht (Urk. 91/22) und einen Anschlussvertrag für die 2. Säule (Urk. 91/23) ein. Zudem macht der Gesuchsgegner neu höhere Kosten geltend. So habe er zusätzlich Fr. 3'800.– Sozialbeiträge, Fr. 150.– Kosten für die obligato-

- 56 - rische Berufsunfallversicherung, Fr. 1'100.– für die berufliche Vorsorge und Fr. 500.– für Treuhandkosten aufwenden müssen (Urk. 86 S. 27). Mangels Beleg sind die Treuhandkosten von vornherein nicht zu berücksichtigen. Die Lohndeklaration gegenüber der SVA Zürich (Urk. 91/18), die Anmeldung zum Bezug von Familienzulagen für K._____ (Urk. 91/20) und der Fragebogen zur AHV-Beitragspflicht (Urk. 91/22) wurden allesamt selber ausgedruckt, eigenhändig ausgefüllt und unterzeichnet. Ein Nachweis, dass diese selbst ausgedruckten und unterschriebenen Formulare tatsächlich der SVA eingereicht wurden oder ein Bestätigung der SVA liegt nicht vor. Die eingereichte Offerte für die obligatorische Unfallversicherung (Urk. 91/19) ist für den Gesuchsgegner unverbindlich. Der Anschlussvertrag für die 2. Säule (Urk. 91/23) enthält sodann keine Information über

tatsächlich ausbezahlte Löhne. Mit sämtlichen neu eingereichten Belegen kann der Gesuchsgegner demnach keine Zahlung von insgesamt Fr. 24'780.– für Assistenzleistungen seines Bruders belegen. Es bleibt dabei, dass kein einziger Zahlungsbeleg im Recht liegt. Ebenfalls liegt keine Auflistung der effektiv geleisteten Assistenzstunden von K. _____ vor, sondern bloss dessen pauschale Bestätigung über das Total der Stunden. So ist nicht ersichtlich, wie viele Assistenzstunden an welchen Tagen geleistet wurden, was bei einem Betrag über Fr. 24'780.– erwartet werden darf. Nicht nachvollziehbar ist deshalb, wie sich die geltend gemachten 885 Stunden an Assistenzleistungen überhaupt zusammensetzen. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Gesuchsgegner gemäss Vorbescheid der SVA St. Gallen vom 29. April 2021 ab 1. Juni 2020 Fr. 756.30 pro Monat an Assistenzbeiträgen erhält (Urk. 91/14) und ihm für das Jahr 2020 somit Fr. 5'294.10 zurückerstattet werden. Vor diesem Hintergrund erweist sich die durch die Vorinstanz vorgenommene Kürzung der geltend gemachten Assistenzleistungen auf die Hälfte als gerechtfertigt. Im Ergebnis sind dem Gesuchsgegner damit Fr. 12'390.– anzurechnen.

E. 6.12

Die Vorinstanz berücksichtigte die geltend gemachten umfangreichen Neuanschaffungen für den Einzug in die gemeinsame Wohnung per 1. Februar 2018 von Fr. 27'000.– nicht, da solche Anschaffungen lange vor 2020 erfolgt seien und daher nicht als Grund für den Vermögensverzehr geltend gemacht werden können. Strittig sei, in welchem Umfang sich der Gesuchsgegner in seiner neuen, per

- 57 - 1. September 2020 bezogenen Wohnung habe einrichten müssen. Belege für Neuanschaffungen würden kein vorliegen. Angemessen erweise sich die Anrechnung von Fr. 7'000.– (Urk. 87 S. 57, E. II.D.6.4). Der Gesuchsgegner kritisiert, dass die Vorinstanz nicht beachtet habe, dass bereits die Möbelgarnitur und die Esszimmerstühle Fr. 6'500.– gekostet hätten, weil sie aus Leder seien, da er kleine Kinder habe, welche vielen Flecken verursachen würden. Ebenfalls habe die Gesuchstellerin im Jahr 2018 auch eine neue Möbelgarnitur angeschafft. Bei seinem Auszug sei er mit der Gesuchstellerin übereingekommen, dass er keine nennenswerten Einrichtungsgegenstände mitnehme und sich stattdessen neue kaufe (Urk. 86 S. 27). Der Gesuchsgegner erklärt nicht, weshalb keine Belege für die Neuanschaffungen der teuren Möbel vorliegen. Mit seinen Ausführungen zeigt der Gesuchsgegner weder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung noch eine unrichtige Rechtsanwendung auf.

E. 6.13

Zusammenfassend sind unter Berücksichtigung der unangefochten gebliebenen Positionen (vgl. dazu Urk. 87 S. 58, E. II.D.6.5) folgende Vermögensabgänge im Jahr 2020 glaubhaft gemacht: Position Betrag Wertschriftenverlust Fr. 29'000.00 Miete von Februar bis September Fr. 7'200.00 Lebenshaltungskosten von Februar bis September Fr. 12'000.00 Lebenshaltungskosten Januar und Oktober bis Dezember Fr. 9'000.00 Unterhaltskosten (inkl. Elektroherd) Fr. 79'331.20 Fahrtkosten Fr. 2'173.00 Assistenzleistungen K. _____ Fr. 12'390.00 übrige Assistenzleistungen Dritter Fr. 1'200.00 Einrichtung Wohnung Fr. 7'000.00 Total Fr. 159'294.20

E. 6.14

Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, reduzierte sich das bewegliche Vermögen des Gesuchsgegners von Fr. 206'982.– im Jahr 2019 (Urk. 25/2 S. 4 und 18) auf Fr. 35'178.– im Jahr 2020 (Urk. 41/44 S. 4 und 15), dies entspricht einer Reduktion im Vergleich zum

Vorjahr um Fr. 171'800.–. Zudem erhielt er unbestrittenermassen Fr. 25'840.– an IV-Taggelder ausbezahlt (Urk. 41/28). Mit der Vorinstanz ist entsprechend festzustellen, dass innerhalb des Jahres 2020 insgesamt Fr. 197'640.– verbraucht wurden (Urk. 87 S. 52 f., E. II.D.6.3). Nach dem Gesag-

- 58 - ten bleibt somit eine Vermögensreduktion im Umfang von Fr. 38'345.80 unerklärlich. Dieser Umstand allein rechtfertigt jedoch noch keinen Vermögensverzehr.

E. 6.15

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt klassischerweise ein Vermögensverzehr als zumutbar, wenn die Eheleute ihre Lebenshaltung ganz oder teilweise aus ihrem Vermögen finanziert haben (BGE 147 III 393 E. 6.1.5). Weiter kann bei einer eigentlichen Mankosituation auf das Vermögen gegriffen werden, selbst wenn die Ersparnisse nicht besonders bedeutend sind (BGE 147 III 393 E. 6.1.6). Vorliegend haben die Parteien unbestrittenermassen auf ihr bestehendes Vermögen zurückgegriffen, um ihre Lebenshaltung zu finanzieren. Der Vermögensverzehr gehörte zum ehelichen Lebensstandard. Ab 1. August 2021 liegt eine offensichtliche Mankosituation vor. Der Gesuchsgegner reduzierte im Trennungsjahr sein Vermögen um Fr. 197'640.–, wobei er lediglich ein Verbrauch von Fr. 159'294.20 glaubhaft machen konnte. Auch vermochte er einen Verbrauch der übrigen, von der Vorinstanz erwähnten, per Ende März noch vorhandenen liquiden Mittel (Bargeld Fr. 24'300.–; Wertschriftenvermögen Fr. 10'878.–; Urk. 87 S. 58) nicht zu plausibilisieren. Seine pauschale Behauptung, ab 1. August 2021 über kein liquides Vermögen zu verfügen (Urk. 86 S. 19), blieb unsubstantiiert und unbelegt. Infolgedessen rechtfertigt es sich nach wie vor, dem Gesuchsgegner ein Vermögensverzehr von Fr. 14'445.– für die Unterhaltsbeiträge seiner Kinder von 1. August 2021 bis und mit 30. April 2022 zuzumuten. Ein weiterer Vermögensverzehr über den 30. April 2022 hinaus ist dem Gesuchsgegner mit Rücksicht auf seinen eigenen Bedarf nicht mehr zuzumuten. Im Ergebnis ist damit der vorinstanzliche Entscheid in diesem Punkt zu bestätigen.

E. 6.16

Nachdem sich der Vermögensverzehr als zulässig erweist und sich bei den Bedarfszahlen keine Änderung aufdrängt (vgl. E. III.4.3), kann sowohl in Phase 2 als auch in Phase 3 zur Berechnung des Mankos der Kinder (vgl. Art. 301a ZPO) auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 87 S. 49, E. II.D.5).

E. 7

Ergebnis In teilweiser Gutheissung der Berufung ist die Dispositiv-Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

- 59 - "5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für jedes der Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. allfälliger Familienzulagen) wie folgt zu bezahlen: - Fr. 565.– rückwirkend auf den 1. Oktober 2020 bis und mit Januar 2021 - Fr. 535.– ab 1. Februar 2021 bis und mit September 2021 - Fr. 580.– ab 1. Oktober 2021 bis 30. April 2022 - Fr. 0.– ab 1. Mai 2022 für die weitere Dauer des Getrenntlebens. Die Unterhaltsbeiträge und die Familienzulagen sind an die Mutter zahlbar und zwar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats. Mit den Unterhaltsbeiträgen ist der gebührende Unterhalt der Kinder nicht gedeckt. Zur Deckung des gebührenden Unterhalts fehlen monatlich die folgenden Beträge (gerundet): für C._____ - Fr. 185.– ab 1. Oktober 2020 - Fr. 215.– ab 1. Februar

2021 - Fr. 170.– ab 1. Oktober 2021 - Fr. 749.– ab 1. Mai 2022 für D._____: - Fr. 240.– ab 1. Oktober 2020 - Fr. 270.– ab 1. Februar 2021 - Fr. 25.– ab 1. Oktober 2021 - Fr. 606.– ab 1. Mai 2022

- 60 - für E._____: - Fr. 2'795.– ab 1. Oktober 2020, hiervon Fr. 2'464.–
Betreuungsunterhalt - Fr. 2'820.– ab 1. Februar 2021, hiervon Fr. 2'464.–
Betreuungsunterhalt - Fr. 1'465.– ab 1. Oktober 2021, hiervon Fr. 1'349.–
Betreuungsunterhalt - Fr. 2'042.– ab 1. Mai 2022, hiervon Fr. 1'349.– Betreuung"unterhalt"

E. 8

Kinderzulagen und bezahlter Unterhalt

E. 8.1

Unter dem Titel "Doppelte Berücksichtigung der Kinderzulagen ab 01.08.2021" macht der Gesuchsgegner geltend, dass die von ihm bis 31. Juli 2021 bezogenen IV-Taggelder monatliche Kinderzulagen in der Höhe von Fr. 810.– enthalten hätten. Die Gesuchstellerin habe ab dem 1. August 2021 einen Antrag auf Familienzulagen gestellt. Die Vorinstanz habe übersehen, dass bei Weiterführung der Unterhaltspflicht trotz Einstellung der IV-Taggeldzahlungen per 31. Juli 2021 die Gesuchstellerin ab 1. August 2021 in unzulässiger Weise das doppelte Kindergeld erhalte (Urk. 86 S. 19 f.).

E. 8.2

Der Gesuchsgegner verkennt mit seinen Ausführungen, dass bei der zwei- stufigen Berechnungsmethode die Einkommen und der gebührende Unterhalt separat ermittelt und erst danach die vorhandenen Ressourcen auf die beteiligten Familienmitglieder verteilt werden (vgl. BGE 147 III 265 E. 7). Der allfällige Bezug von Kinder- oder Familienzulagen hat damit keinen Einfluss auf den gebührenden Barunterhalt der Kinder. Da vorliegend der Barbedarf der Kinder mit den zu leistenden Unterhaltsbeiträgen nicht gedeckt wird, kann von einer angeblich unzulässigen, doppelten Kinderzulage keine Rede sein. Die Rüge ist unbegründet.

E. 8.3

Weiter behauptet der Gesuchsgegner, dass er sich im Jahr 2021 mit Fr. 3'240.– am Unterhalt der Kinder beteiligt habe. Während fünf Monaten habe er monatlich Fr. 648.– überwiesen, was 80 % des durch die SVA ausbezahlten Kindergeldes entspreche. Mit den zurückbehaltenen Kinderzulagen in Höhe von 20 % habe er die Unkosten gedeckt, welche die Kinder während Besuchen bei ihm verursacht hätten (Urk. 86 S. 20; Urk. 91/13). Unklar ist, was der Gesuchs-

- 61 - gegner mit diesen Ausführungen zu seinen Gunsten ableiten möchte. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, steht der im IV-Taggeld enthaltene Anteil an Kindergeld den Kindern zu (Urk. 87 S. 35, E. II.D.3.3.1). Zu Recht hielt die Vorinstanz in der Folge fest, dass der Gesuchsgegner nicht berechtigt ist, diese für die Kinder bestimmte Zahlungen für sich zurückzubehalten. Der Gesuchsgegner kann die weitergeleiteten Kinderzulagen nicht an seine Unterhaltspflicht anrechnen.

E. 9

Prozesskostenbeitrag

E. 9.1

Der Gesuchsgegner wurde durch die Vorinstanz zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages von Fr. 6'000.– zuzüglich 7.7% MWST an die Gesuchstellerin verpflichtet (Urk. 87 S. 65, Dispositiv-Ziffer 10). Die Vorinstanz erwog hierzu, dass dem Gesuchsgegner per Ende März 2021 liquide Mittel von Fr. 93'836.– (bestehend aus Fr. 56'658.– nicht glaubhaft gemachter Verbrauch, Fr. 24'300.– Bargeld und Fr. 10'878.– Wertschriftenvermögen gemäss Steuererklärung) angerechnet worden seien. Davon habe er von Juli 2021 bis Ende April 2022 die Unterhaltsbeiträge der Kinder im Gesamtbetrag von Fr. 14'445.– sowie seinen eigenen Bedarf von insgesamt Fr. 31'955.– zu finanzieren. Er werde damit im Umfang von Fr. 46'400.– von seinem Vermögen zehren müssen. Mit den verbleibenden rund Fr. 47'400.– sei ihm die Leistung eines Prozesskostenbeitrages an die Gesuchstellerin möglich. Auf die Möglichkeit einer Versilberung der von ihm in St. Gallen gehaltenen Liegenschaft mit einem Steuerwert von Fr. 433'000.– sei daher nicht weiter einzugehen. Der beantragte Prozesskostenbeitrag von Fr. 6'000.– erweise sich mit Blick auf die geltenden Vorgaben als angemessen (Urk. 87 S. 62, E. III.B.4).

E. 9.2

Der Gesuchsgegner beanstandet, dass die Leistung eines Prozesskostenbeitrages an die Gesuchstellerin mangels eines vorhandenen Vermögens nicht möglich sei. Die durch die Vorinstanz gemachte Anrechnung von liquiden Mitteln per 31. März 2021 im Umfang von Fr. 93'836.– werde bestritten. Weiter seien die Kosten der gegnerischen Rechtsvertretung unverhältnismässig hoch und auf ein angemessenes Mass zu reduzieren. So habe die Rechtsvertreterin der Gegenseite im bisherigen Prozess weder besondere Anträge gestellt noch hätten ungewöhnliche rechtliche Herausforderungen bestanden. Es sei nicht ersichtlich, aus

- 62 - welchem Grund die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin bei der vierstündigen Vergleichsverhandlung vom 12. Januar 2021 dabei gewesen sei. Die Gesuchstellerin spreche und verstehe hinreichend gut Deutsch. Die Rechtsvertreterin sei auch nie von der Vorinstanz angesprochen worden und habe selbst keine Äusserungen gemacht (Urk. 86 S. 29).

E. 9.3

Ein Prozesskostenbeitrag ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verweisen werden (Urk. 87 S. 60 f., E. III.B). Gemäss dem sog. Effektivitätsgrundsatz darf bei der Beurteilung nur Einkommen und Vermögen berücksichtigt werden, das im Zeitpunkt der Entscheidung über das Armenrechtsgesuch effektiv vorhanden und verfügbar oder wenigstens kurzfristig realisierbar ist. Jede hypothetische Einkommens- oder Vermögensaufrechnung ist daher unzulässig (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 8 f. m.w.H.; s.a. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N 16; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 19). Ob eine allfällige Mittellosigkeit selbst verschuldet ist, spielt grundsätzlich keine Rolle, solange kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegt (vgl. zum Ganzen auch BGer 5A_297/2016 vom 2. Mai 2017, E. 3.4, und BGer 4A_264/2014 vom 17. Oktober 2014, E. 3.1).

E. 9.4

Der Gesuchsgegner macht zwar geltend, über kein Vermögen zur Leistung des Prozesskostenbeitrages zu verfügen, aktuelle Kontoauszüge reicht er jedoch nicht ein. In der Steuererklärung 2020 gab der Gesuchsgegner an, über eine Barschaft von Fr. 24'300.–

zu verfügen (Urk. 41/44 S. 4; Prot. I. S. 61). Er hat weiteres bewegliches Vermögen in Form von Wertschriften und Guthaben in der Höhe von Fr. 10'878.– und ist Eigentümer einer Liegenschaft mit einem Steuerwert von Fr. 433'000.– (Urk. 41/44 S. 4, 11 und 16). Aufgrund seiner Sehbehinderung sowie der damit verbundenen Einkommenslage ist es glaubhaft, dass er die Hypothek auf seiner Liegenschaft nicht erhöhen kann (vgl. Urk. 86 S. 19). Da der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren keine aktuelleren Belege (Steuererklärungen, Kontoauszüge) zu seiner Vermögenslage einreichte und auch den Verbrauch seiner Barschaft nicht glaubhaft darlegte, ist weiterhin davon auszugehen, dass er über sofort verfügbare Vermögenswerte in der Höhe von zumindest

- 63 - Fr. 35'000.– (Barschaft Fr. 24'300.–; Wertschriften und Guthaben Fr. 10'878.–) verfügt. Es genügt in dieser Hinsicht nicht, die Anrechnung von liquiden Mitteln per 31. März 2021 von Fr. 93'836.– durch die Vorinstanz zu bestreiten und auf die Ausführungen zum Vermögensverzehr des Jahres 2020 zu verweisen (Urk. 86 S. 29). Allerdings müssen von den Fr. 35'000.– die rückwirkend für die Zeit von 1. August 2021 bis und mit 30. April 2022 aus dem Vermögen zu leistenden Kinderunterhaltsbeiträge von total Fr. 14'445.– abgezogen werden. Aber auch dann verbleiben dem Gesuchsgegner noch genügend flüssige Mittel, um den erstinstanzlich festgesetzten Prozesskostenbeitrag von Fr. 6'000.– zu leisten.

E. 9.5

Soweit der Gesuchsgegner die Höhe des Prozesskostenbeitrages beanstandet, vermögen seine Rügen nicht zu überzeugen. Bei der Schätzung der Anwaltskosten sind die gesamten für den Prozess anfallenden Kosten zu berücksichtigen. Auszugehen ist dabei von den kantonalen Gebührentarifen (Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege, 2019, Rz. 352 ff.). Im Kanton Zürich wird die Grundgebühr in nicht vermögensrechtlichen Verfahren – wie dem vorliegenden – nach der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand des Rechtsvertreters und nach der Schwierigkeit des Falls festgesetzt. Sie beträgt in Eheschutzverfahren in der Regel Fr. 467.– bis Fr. 10'667.– (§ 6 Abs. 1 bis 3 i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV). Der Anspruch auf die Grundgebühr entsteht mit der Erarbeitung der Begründung oder Beantwortung der Klage, wobei die Gebühr auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung abdeckt (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr nach Abs. 1 bzw. nach § 13 ein Pauschalzuschlag berechnet (§

E. 11

Abs. 2 AnwGebV). Dem Gericht kommt bei der konkreten Bemessung der Entschädigung ein weites Ermessen zu. Unter Berücksichtigung dieser Bemessungskriterien erweist sich die vorinstanzliche Schätzung als angemessen. Die Kritik für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung ist unangebracht. Es gehört zu den Hauptaufgaben einer Anwältin ihre Klienten an Gerichtsverhandlungen zu begleiten und zu beraten. Ihre Anwesenheit war zudem auch aus Gründen der Waffengleichheit angezeigt. Der Gesuchsgegner verfügt über einen Bachelor-Abschluss in Rechtswissenschaften, während die Gesuchstellerin keinerlei recht-

- 64 - liche Kenntnisse hat. Aus den genannten Gründen ist Dispositiv-Ziffer 10 des angefochtenen Urteils zu bestätigen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens Trifft die Berufungsinstanz einen

neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebür auf Fr. 4'000.– fest. Sie auferlegte den Parteien die Kosten des Urteils je zur Hälfte und sprach keine Parteientschädigungen zu (Urk. 87 S. 59 f., E. III.A.). Dies blieb unangefochten und ist nicht zu beanstanden. Die Dispositiv-Ziffern 7 bis 9 des angefochtenen Urteils sind daher zu bestätigen. 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens Die zweitinstanzliche Entscheidgebür ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 4'000.– festzusetzen. Mit Blick darauf, dass es sich vorliegend um ein familienrechtliches Verfahren handelt und hauptsächlich Kinderbelage strittig waren, erscheint eine hälftige Kostentragung angemessen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Folglich sind die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und mit dem Kostenvorschuss des Gesuchsgegners von Fr. 4'000.– (Urk. 88; Urk. 93) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Entsprechend sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen. 3. Prozesskostenbeitrag bzw. unentgeltliche Rechtspflege Die Gesuchstellerin beantragt einen Prozesskostenbeitrag in Höhe von Fr. 4'000.–, subsidiär die unentgeltliche Rechtspflege (inklusive unentgeltlicher Rechtsverbeiständung; Urk. 94 S. 1). Nach Leistung des erstinstanzlichen Prozesskostenbeitrages von Fr. 6'000.– sowie dem zumutbaren Vermögensverzehr von Fr. 14'445.– für die Unterhaltsbeiträge seiner Kinder von 1. August 2021 bis - 65 - und mit 30. April 2022 ist der Gesuchsgegner nicht mehr in der Lage, den geforderten Prozesskostenbeitrag für das zweitinstanzliche Verfahren zu bezahlen. Die Gesuchstellerin bezieht Sozialhilfe (Urk. 96/2). Mit ihrem Einkommen und unter Berücksichtigung ihres Bedarfs kann sie die mutmasslichen Prozesskosten nicht innert angemessener Frist bezahlen. Daneben verfügt sie über kein Vermögen. Sie hat als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu gelten. Ihr Standpunkt im Berufungsverfahren war nicht aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO, und sie war auf rechtlichen Beistand angewiesen. Ihr Gesuch ist gutzuheissen. Es wird beschlossen:

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