

ZH_OBERGERICHT LE230030 vom 28. Oktober 2024

ZH Obergericht, 2024-10-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE230030

FR: ZH_OBERGERICHT LE230030 du 28 octobre 2024

IT: ZH_OBERGERICHT LE230030 del 28 ottobre 2024

Erwägungen

E. 1

Die Parteien haben am tt. September 2003 geheiratet. Sie sind die Eltern der drei Kinder E._____ (geb. tt.mm.2008), D._____ (geb. tt.mm.2010) und C._____ (geb. tt.mm.2013). Im Eheschutzverfahren genehmigte die Vorinstanz mit Urteil vom 9. April 2021 die Trennungsvereinbarung der Parteien vom 24. März 2021, in der sie ihr Getrenntleben bis zur Scheidung regelten (Urk. 172/1). Mit Eingabe vom

E. 1.1

Trifft das Berufungsgericht einen neuen Entscheid, so entscheidet es auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Vorinstanz setzte die Entscheidungsgebühr auf Fr. 6'000.– fest. Vorliegend habe über die Obhut sowie das Besuchsrecht einerseits und andererseits über (Kinder-) Unterhaltsbeiträge ein Entscheid gefällt werden müssen. Der Anteil an der Entscheidungsgebühr, welcher die Obhut und das Besuchsrecht betreffe, sei den Parteien zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen seien wettzuschlagen. Im Zusammenhang mit den Unterhaltsforderungen unterliege der Gesuchsgegner voll-

- 49 - ständig mit seinem Antrag, weshalb es sich rechtfertige, die durch den Unterhaltspunkt verursachten Gerichtskosten vollständig dem Gesuchsgegner aufzuerlegen. Insgesamt seien die Kosten somit zu $\frac{1}{4}$ der Gesuchstellerin und zu $\frac{3}{4}$ dem Gesuchsgegner aufzuerlegen. In Verrechnung der Beträge verpflichtete die Vorinstanz den Gesuchsgegner ausserdem, der Gesuchstellerin eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer zu bezahlen (Urk. 170 S. 77 f.).

E. 1.2

Der Gesuchsgegner bringt vor, wenn die Berufung gutgeheissen werde, obsiege er im Berufungsverfahren vollumfänglich. Dies führe dazu, dass das erstinstanzliche Urteil in wesentlichen Teilen aufgehoben werden müsse. Nur bezüglich E._____ ändere sich nichts im Vergleich zum vorinstanzlichen Urteil, aber nur bezogen auf die Zukunft. Dies habe jedoch die Gesuchstellerin zu verantworten, weil sie den Abänderungsprozess wider Treu und Glauben vom Zaun gebrochen habe. Es seien ihr deshalb die gesamten Kosten aufzuerlegen, auch wenn sie in Bezug auf E._____ obsiege (Urk. 169 S. 37 ff.).

E. 1.3

Die Gesuchstellerin bestreitet dies. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, womit die Kosten- und Entschädigungsregelungen des vorinstanzlichen Entscheids zu bestätigen seien (vgl. Urk. 192 S. 18). Selbst wenn die Berufung nicht abzuweisen sei, würden die Ausführungen des Gesuchsgegners bestritten, da dieser selber nicht in gutem Treu und Glauben prozessiert habe, weil der Konfliktabbruch zu E._____ ab Beginn der Trennung

eine Realität gewesen sei und die Notwendigkeit des Abänderungsgesuchs damit evident (Urk.192 S. 18).

E. 1.4

Neu wird die Verpflichtung der Gesuchstellerin, dem Gesuchsgegner an den Unterhalt der drei Söhne monatlich je Fr. 500.– zu bezahlen, erst ab dem 20. Juni 2023 aufgehoben. Im Übrigen unterliegt der Gesuchsgegner jedoch weitestgehend mit seinem Begehren, der Antrag der Gesuchstellerin, dass er für die drei Söhne Unterhaltsbeiträge von mindestens je Fr. 850.– pro Monat zu bezahlen habe, sei abzuweisen. Da der Gesuchsgegner somit in der Grundsatzfrage, wer und in welcher Höhe für den Kindesunterhalts im Rahmen der Abänderung des Eheschutzes aufkommen muss, weiterhin vollständig unterliegt und die Vorinstanz das Obsiegen und Unterliegen im Zusammenhang mit den Unterhaltsforderungen

- 50 - ohnehin pauschal ermittelte, rechtfertigt es sich, bei der Kostenauflegung von $\frac{1}{4}$ für die Gesuchstellerin und $\frac{3}{4}$ für den Gesuchsgegner zu bleiben. Der Gesuchsgegner hat die Verteilung auch nicht eventualiter für den Fall, dass es in Abweichung von seinen Anträgen (weitgehend) beim vorinstanzlichen Entscheid bleiben sollte, angefochten; es wäre auch kein Grund für eine Anpassung ersichtlich.

E. 1.4.1

Bei Unterhaltsansprüchen ist zu differenzieren, ob diese selbstständig im Rahmen einer Leistungsklage geltend gemacht werden oder ob sie mit nichtvermögensrechtlichen Belangen zusammenhängen, über die ebenfalls entschieden wird. Sind der Unterhalt und die nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten gekoppelt, hat auch der Abänderungszeitpunkt übereinzustimmen (Staub, a.a.O., Rn. 423). Die streitigen Unterhaltsbeiträge der Gesuchstellerin hängen mit der Betreuung bzw. dem persönlichen Verkehr der Kinder zusammen, weil sie der Gesuchsgegner als Kindesunterhalt erhalten soll. Die von der Gesuchstellerin zitierten Bundesgerichtsentscheide sind nicht einschlägig, da sie Unterhaltsansprüche betreffen, die nicht mit der Obhut gekoppelt sind und sich teilweise weder auf das Eheschutzverfahren noch den Kindesunterhalt beziehen.

E. 1.4.2

Im Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuchs war für den Gesuchsgegner nicht absehbar, ob die Obhut über die drei Söhne abgeändert würde oder es bei der alternierenden Obhut bleibt. Die Parteien beantragten zwischen-

- 30 - zeitlich sogar eine Sistierung des Abänderungsverfahrens, um aussergerichtliche Vergleichsgespräche bezüglich ihrer Scheidung zu führen (Urk. 170 S. 4). Daran ändert auch nichts, dass die Vorinstanz in ihrem Entscheid schliesslich festhielt, dass die von den Parteien vereinbarte Betreuungsregelung nicht gelebt werde, was einen Abänderungsgrund darstelle, und sie der Gesuchstellerin unter anderem deshalb die alleinige Obhut über alle drei Kinder zuteilte, weil die Kinder sich weigerten, vom Gesuchsgegner betreut zu werden (vgl. Urk. 170 S. 27 f.). Die Vorinstanz stellte fest, dass der Gesuchsgegner seinen Betreuungsanteil der alternierenden Obhut wahrnehmen wollte, die Betreuung jedoch wegen der standhaften Weigerung der Kinder nicht stattfinden konnte. Nach einer detaillierten Abklärung der Umstände, die auch zwei Kinderanhörungen umfasste, kam sie zum Schluss, dass eine Distanzierung der Kinder zum Vater effektiv stattgefunden habe, ohne dass sie dafür einen spezifischen Grund ausmachen konnte (Urk. 169 S. 23 ff.).

Insofern stand erst im Entscheidzeitpunkt fest, dass ein Abänderungsgrund für die Obhut und damit zusammenhängend auch für den Unterhalt vorlag.

E. 1.4.3

Eine rückwirkende Anordnung der Abänderung der Obhut ist nicht möglich und wird auch von keiner Partei geltend gemacht. Billigkeitsgründe (Art. 4 ZGB), weshalb der Zeitpunkt der Abänderung der Unterhaltsbeiträge anders sein soll, als der Zeitpunkt der Abänderung der Obhut, wurden von der Vorinstanz nicht aufgeführt und liegen auch nicht vor. Die Vorinstanz hielt zwar fest, dass die Gesuchstellerin mit der alleinigen Obhut über die drei Kinder ihren Unterhaltsbeitrag in natura leiste und der Geldunterhalt der Kinder somit grundsätzlich vom Gesuchsgegner zu tragen sei (Urk. 169 S. 33). Weshalb der Unterhalt deshalb aber bereits auf den Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuchs aufzuheben wäre, ist jedoch unter Berücksichtigung der konkreten Umstände nicht ersichtlich.

E. 1.4.4

Die Frage der Zuteilung der Obhut war vorliegend untrennbar mit derjenigen der Wohnkosten des Gesuchsgegners verknüpft. Der Umstand, dass er die Wohnung, in welcher die Ausübung einer alternierenden Obhut möglich war, beibehielt, erscheint damit nachvollziehbar. Auch im Berufungsverfahren war die Obhut zunächst weiterhin strittig. Erst mit dem Umzug nach Italien und der damit einhergehenden Aufhebung der Wohnung und dem Verzicht auf die alternierende Obhut,

- 31 - entfielen diese Kosten. Zusammengefasst ist die Rüge des Gesuchsgegners zur rückwirkenden Aufhebung der Unterhaltsverpflichtung der Gesuchstellerin begründet. Ziff. 5.4a) des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 20. Juni 2023 ist dahingehend abzuändern, dass die Verpflichtung der Gesuchstellerin, dem Gesuchsgegner an den Unterhalt der drei Söhne monatlich je Fr. 500.– zu bezahlen, ab dem 31. Oktober 2023 aufzuheben ist. 2. Zukünftiger Kindesunterhalt 2.1. Einkommen des Gesuchsgegners vor dem Wegzug nach Italien 2.1.1. Der Gesuchsgegner zog am 31. Oktober 2023 nach Italien. Die Vorinstanz ermittelte ein Einkommen von Fr. 4'206.– bis zum 31. Oktober 2023. Ab dem 1. November 2023 rechnete sie ihm ein hypothetisches Einkommen an (Urk. 170 S. 44). 2.1.2. Der Gesuchsgegner hat die von der Vorinstanz ermittelte Höhe des Einkommens bis zum 31. Oktober 2023 weder in seiner Berufungsschrift noch in seiner Stellungnahme zum Umzug gerügt, weshalb der Betrag von Fr. 4'206.– weiterhin als sein Einkommen vom 5. Januar 2022 bis zu seinem Wegzug nach Italien zu gelten hat.

- 32 - 2.2. Einkommen des Gesuchsgegners nach dem Wegzug nach Italien 2.2.1. Mit dem Wegzug nach Italien sind beim Gesuchsgegner neue Lebensumstände eingetreten, die bei der Einkommensermittlung des Gesuchsgegners zu berücksichtigen sind. 2.2.2. Vermindert ein Unterhaltsschuldner sein Einkommen freiwillig, obwohl er weiss oder wissen müsste, dass er Unterhaltspflichten übernehmen muss, ist es zulässig, ihm die zuvor erzielten Einkünfte anzurechnen, wenn die angestrebte berufliche Veränderung eine erhebliche Verringerung seines Einkommens im Vergleich zu seiner früheren Beschäftigung impliziert und er nicht nachweist, dass er ernsthafte Schritte unternommen hat, um seine berufliche Neuorientierung zu verwirklichen (BGer 5A_587/2013 vom 26. November 2013 E. 6.1.1. m.w.H.). Der Wegzug ins Ausland hat aufgrund des häufig anzutreffenden tieferen Lohnniveaus im Ausland regelmässig eine Einkommensverminderung zur Folge. Die Überlegungen zur freiwilligen

Einkommensverminderung kommen deshalb auch beim Wegzug ins Ausland zum Tragen. Das Bundesgericht stellt im Verhältnis zu minderjährigen Kindern besonders hohe Anforderungen an die Ausnutzung der eigenen Erwerbskraft. Eltern müssen sich daher in beruflicher und unter Umständen auch örtlicher Hinsicht so ausrichten, dass sie ihre Arbeitskapazität maximal ausschöpfen können. Dem unterhaltspflichtigen Elternteil steht es insofern nicht frei, nach Belieben ganz oder teilweise auf ein bei zumutbarer Anstrengung erzielbares Einkommen zu verzichten, um sich andere persönliche oder berufliche Wünsche zu erfüllen. Der (an sich zulässige) Wegzug ins Ausland bleibt unbeachtlich, wenn eine weitere Arbeitstätigkeit in der Schweiz möglich und zumutbar wäre (BGer 5A_561/2020 vom 3. März 2021, E. 5.1.). 2.2.3. Nach dem Gesagten kommt es entscheidend auf die Beweggründe des Unterhaltsschuldners für den Wegzug ins Ausland an. Kann der Unterhaltsschuldner gewichtige Gründe für seinen Wegzug ins Ausland bzw. solche, die eine Rückreise als unzumutbar erscheinen lassen, anführen, kann die mit dem Wegzug entstehende reduzierte Leistungsfähigkeit berücksichtigt werden. Andernfalls wird dem Unterhaltsschuldner ein hypothetisches Einkommen in der Höhe des zuletzt in der Schweiz erzielten angerechnet (Powell/Solèr, Anrechnung eines hypothetischen

- 33 - Einkommens bei Wegzug eines unterhaltspflichtigen Elternteils ins Ausland, FamPra.ch 2021, S. 35 ff., S. 43). 2.2.4. Der Gesuchsgegner führt aus, dass sein Wegzug aus der Schweiz unumgänglich gewesen sei. Sein Arbeitgeber habe ihm die Stelle gekündigt und eine Arbeitsstelle in der Schweiz habe er nicht mehr gefunden. Psychisch sei es ihm ausserordentlich schlecht gegangen und er habe einer psychotherapeutischen Betreuung bedurft. Seine Psychotherapeutin übe ihren Beruf jedoch in Italien aus. Er sei immer noch bei ihr in Behandlung. Da die Parteien einen Rosenkrieg par excellence geführt hätten, der ihn zu vernichten gedroht habe, sei ihm, zum eigenen Schutze, nichts anderes übrig geblieben, als sich aus dem "Kriegsgebiet" zu entfernen. Er habe sich in ein neutrales Territorium begeben müssen, in der Nähe seiner solidarischen Familie, da andernfalls sein physischer und psychischer Untergang vorprogrammiert gewesen wäre. Sein Auswandern sei notwendig und unumgänglich gewesen und habe sich als richtig herausgestellt. Das Urteil der Vorinstanz habe ihm den letzten Hoffnungsschimmer geraubt. Die zuständige Bezirksrichterin habe ihm Hoffnung gemacht und das Abänderungsgesuch als eher aussichtslos qualifiziert. Dann sei eine radikale Kehrtwendung eingetreten, die niemand erwarten könne. Dies habe bei ihm zu einem nervösen Zusammenbruch geführt. In Anbetracht seiner physischen und psychischen Gesundheit habe es nur den Weg zurück nach Italien in sein Heimatland gegeben, welches er für seine Familie verlassen habe (Urk. 202 S. 10 ff.). 2.2.5. Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, dass es sich bei den Vorbringen des Gesuchsgegners um reine Parteibehauptungen handle. Er habe weder die Suche nach einer neuen Stelle, noch Bemühungen bei der Arbeitslosenkasse oder ähnliches dargelegt. Sie bestreite, dass der Gesuchsgegner zufolge eines tatsächlichen Leidens, das über die übliche Belastung eines Eheschutzverfahren hinausgehe, veranlasst gewesen sei, ärztliche Hilfe zu suchen. Es sei auch nicht glaubhaft, dass der Gesuchsgegner seit September 2022 mittels "Fernverfahren" eine Therapie mache. Sie sei überzeugt, dass der Gesuchsgegner nur aus monetären Gründen nach Italien geflohen sei. Es gebe keinen triftigen Grund für seinen Wegzug, zumal in der Schweiz die Möglichkeiten, ein finanzielles Auskommen zu finden, für den

- 34 - Gesuchsgegner weitaus besser gegeben erschienen, als in Italien. Man denke nur an die Ansprüche aus einer Arbeitslosenversicherung, und - bei einem tatsächlichen

Vorliegen eines gesundheitlichen Leidens - an die Ansprüche auf Kündigungsschutz, Lohnfortzahlung und Krankentaggelder (Urk. 207 S. 6 f.). 2.2.6. Der Gesuchsgegner führt aus, sein Arbeitgeber habe ihm die Stelle wegen nachlassenden Leistungen am 23. Juli 2023 auf den 31. Oktober 2023 gekündigt. Eine Arbeitsstelle in der Schweiz habe er nicht gefunden. Als Beweisofferte offeriert er die Nachreichung der Kündigungsunterlagen und eine formelle Parteibefragung. Es ist auch unter der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht die Aufgabe des Gerichts, bei den Parteien nach Beweismitteln anzufragen, die sie verfügbar haben und zusammen mit ihren Tatsachenbehauptungen einreichen könnten. Der anwaltlich vertretene Gesuchsgegner hätte die Kündigungsunterlagen von sich aus einreichen müssen. Er hat es zudem gänzlich unterlassen, darzulegen, auf welche Stellen er sich wann und weshalb beworben hat und die dazugehörigen Beweismittelfofferten, wie Bewerbungsunterlagen oder Reaktionen potentieller Arbeitgeber, einzureichen. Eine nachträgliche Parteibefragung könnte für sich genommen - ohne weitere Beweise - den nötigen Nachweis dafür nicht erbringen, zumal sie ohnehin nicht geeignet wäre, die prozessuale Nachlässigkeit des Gesuchsgegners hinsichtlich der von ihm geltend gemachten erfolglos gebliebenen Bewerbungen zu korrigieren. Überdies ist davon auszugehen, dass es die sehr kurze Zeitspanne zwischen der vom Gesuchsgegner behaupteten Kündigung am 23. Juli 2023 und dem Wegzug des Gesuchsgegners am 31. Oktober 2023, dem Gesuchsgegner ohnehin nicht erlaubt hätte, ernsthaft nach einer neuen Stelle zu suchen, zumal in der Sommerpause bekanntermassen viele Bewerbungsprozesse pausieren. Der Gesuchsgegner hat somit nicht glaubhaft gemacht, dass er ernsthaft nach einer neuen Anstellung in der Schweiz gesucht hat und es ihm unmöglich war, eine solche zu finden. 2.2.7. Der Gesuchsgegner behauptet, er habe sich aufgrund seines psychischen Zustands nach Italien begeben müssen, um sich dort einer psychotherapeutischen Behandlung zu unterziehen. Aus der zum Beweis offerierten Bescheinigung von Dr. I._____ (Urk. 204/9) geht hervor, dass er seit dem 16. September 2022 wö-

- 35 - chentliche psychotherapeutische Einzelsitzungen im Fernverfahren absolviert. Als Grund der Behandlung wird ein Leiden angegeben, das aufgrund der Schwierigkeiten, den Kontakt zu seinen Kindern seit der Trennung aufrechtzuerhalten, entstanden sei. Um eine vollständige Heilung zu erreichen, müsse die Behandlung wöchentlich für mindestens zwei Jahre fortgesetzt werden. In der Bestätigung ist weder ausgeführt, dass es aufgrund des Leidens ab dem 31. Oktober 2023 notwendig gewesen sei, die Behandlung in Italien anstatt wie bis anhin im Fernverfahren weiterzuführen, noch dass ab diesem Datum oder kurz davor eine Verschlimmerung im Vergleich zum Beginn der Behandlung im September 2022 eingetreten sei. Sie bescheinigt dem Gesuchsgegner auch keine (teilweise) Arbeitsunfähigkeit. Aus der zweiten als Beweismittel offerierten Bescheinigung von Dr. I._____ vom 22. Juli 2024 geht nichts anderes hervor (Urk. 223/3). Bezeichnend ist ausserdem, dass der Gesuchsgegner gemäss dieser Bescheinigung auch nach seinem Umzug nach Italien die Psychotherapie mittels Fernverfahren absolviert. Der Gesuchsgegner beantragt die Zeugeneinvernahme von Dr. I._____ (Urk. 219 S. 8). Allerdings wird aus seinen Ausführungen nicht klar, worüber Dr. I._____ aussagen sollte, das sich nicht bereits aus ihren Bescheinigungen ergibt. Überdies ist das Eheschutzverfahren summarischer Natur, weshalb von Zeugeneinvernahmen grundsätzlich abzusehen ist (BGer 5A_901/2017 vom 27. März 2018 E. 2.3). Er beantragt ausserdem ein Gutachten über die Notwendigkeit seines Wegzugs aufgrund seines psychischen Zustands. Es fehlen wiederum die nötigen substantiierten Tatsachenbehauptungen, zu denen ein Gutachten erstellt werden könnte.

Der Gesuchsgegner kann jedoch seine prozessuale Nachlässigkeit nicht mit einem Beweisantrag auf Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens korrigieren. Dies zeigt sich auch darin, dass aus den wenigen, generellen Ausführungen unklar bleibt, welche Art von Gutachten der Gesuchsgegner erstellt haben möchte und inwiefern dies geeignet wäre, seine Argumente zu stützen. Überdies ist das Eheschutzverfahren summarischer Natur, weshalb - wie bereits erwogen - von Gutachten grundsätzlich abzusehen ist (BGer 5A_901/2017 vom 27. März 2018 E. 2.3). Der Antrag auf Erstellung eines Gutachtens ist daher abzuweisen. Somit hat der Gesuchsgegner auch nicht glaubhaft gemacht, dass sein Wegzug nach Italien aus medizinischen Gründen notwendig war.

- 36 - 2.2.8. Es mag zwar sein, dass der Gesuchsgegner nach dem Entscheid der Vorinstanz, die die alternierende Obhut aufhob und der Gesuchstellerin die alleinige Obhut über die Kinder zuteilte, unglücklich war und aufgrund des anhaltenden Streits, den die Parteien nun seit Jahren im Eheschutzverfahren und im hängigen Scheidungsverfahren führen, sich nach Zuneigung und Unterstützung seiner angestammten Familie in Italien sehnte. Der Gesuchsgegner führt aber selbst aus, dass er sehr an seinen Kindern hänge, also eine starke Bindung zu ihnen habe (Urk. 202 S. 12). Ausserdem kam er vor 20 Jahren in die Schweiz, gründete hier eine Familie und war seit acht Jahren im hiesigen Arbeitsmarkt tätig (Urk. 22 S. 7). Sein Heimatland verliess er dagegen nach dem Studium, wobei er dort nie erwerbstätig war, sondern zuerst in Deutschland arbeitete, bevor er in die Schweiz kam (Urk. 60 S. 14). Er sagt selbst, dass es für ihn schwierig sei, in Italien eine Anstellung zu finden, weil es eine grosse Arbeitslosigkeit gebe, er seit Jahren im Ausland gearbeitet und gelebt habe und in Italien selbst keine einschlägigen Empfehlungen habe und kein Netzwerk besitze (Urk. 219 S. 6). Sein Bezug zur Schweiz ist somit klar enger als sein Bezug zu Italien, weshalb es ihm ohne Weiteres zugemutet werden kann, dass er in die Schweiz zurückkehrt und hier nach einer neuen Stelle sucht. Damit kann auch offen bleiben, ob der Gesuchsgegner, wie von der Gesuchstellerin behauptet, die Stelle kündigte, oder ob ihm per 31. Oktober 2023 gekündigt wurde und aus welchem Grund. Dies, obwohl es durchaus auffällt, dass das Arbeitsverhältnis gerade zu dem Zeitpunkt endete, auf den die Vorinstanz ihm neu ein höheres hypothetisches Einkommen anrechnete. 2.2.9. Zusammengefasst ist es dem Gesuchsgegner zumutbar, dass er zurück in die Schweiz kommt und hier einer Erwerbstätigkeit nachgeht. Es ist auch möglich, dass er wieder eine Stelle findet, wie diejenige, die er bis zum 31. Oktober 2023 innehatte. Der Gesuchsgegner bringt keinerlei Gründe vor, weshalb er nicht wie bisher als Sicherheitsangestellter arbeiten könnte. Es wird sogleich noch zu prüfen sein, ob es ihm nicht auch möglich ist, in seinem angestammten Beruf als Informatiker ein höheres Einkommen zu erzielen (vgl. E. V.2.3.). Dass ihm die Rückkehr in die Schweiz rechtlich nicht möglich ist, hat er nicht behauptet und trifft auch nicht zu. Vor seinem Wegzug verfügte der Gesuchsgegner über eine Niederlassungsbe-

- 37 - willigung C (Urk. 22 S. 7). Als EU-Bürger erhält er zudem eine neue Aufenthaltsbewilligung, wenn er einen Arbeitsvertrag vorweisen kann. 2.3. Hypothetisches Einkommen des Gesuchsgegners als Informatiker 2.3.1. Die Vorinstanz prüfte, ob dem Gesuchsgegner ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden müsse. 2.3.1.1. Aufgrund der Äusserungen der Parteien sowie des Umstands, dass das Scheidungsverfahren zwischen den Parteien bereits hängig sei, sei mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr zu rechnen. Es könne offen bleiben, ob die Arbeitsstelle bzw. das Pensum des Gesuchsgegners auf einem gemeinsamen Familienentscheid beruht habe oder nicht, denn

wenn mit der Aufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr gerechnet werden könne, müsse das Gericht eine von den Ehegatten geschlossene Vereinbarung abändern, um sie den neuen Lebensverhältnissen anzupassen. Durch die Zuteilung der alleinigen Obhut an die Gesuchstellerin sei es grundsätzlich am Gesuchsgegner, den Barunterhalt der Kinder zu tragen, da die Gesuchstellerin ihre Unterhaltspflicht in Form von Naturalunterhalt leiste.

2.3.1.2. Aktuell sei der Gesuchsgegner als "Safe and Security Manager" an der J. _____ in K. _____ angestellt. Gemäss eigenen Angaben arbeite er während drei Nächten insgesamt 30 Stunden pro Woche (von ca. 19.00 Uhr bis ca. 07.00 Uhr), was gemäss Reglement des Arbeitgebers einem 80%-Pensum entspreche. Dabei sei er hauptsächlich für die Sicherheit des Schulcampus verantwortlich, leiste administrative Unterstützung und sei nebenbei auch für IT-Probleme zuständig, insbesondere kümmere er sich um Probleme mit dem Netzwerk. Er habe fünf Jahre Informatik an der Universität H. _____ studiert und einen Abschluss in Computer-Science gemacht. Er habe in Deutschland auf seinem Beruf gearbeitet, jedoch letztmals vor 15 Jahren. Eine Weiterbildung habe er zuletzt vor 18 Jahren absolviert. Aus zeitlichen und finanziellen Gründen habe er in den letzten Jahren darauf verzichtet.

- 38 - 2.3.1.3. Weil die Kinder nun definitiv mit vorliegender Entscheidung unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt würden, stehe dem Gesuchsgegner grundsätzlich wieder seine volle Arbeitskapazität zur Verfügung. Der Gesuchsgegner verfüge über einen Universitätsabschluss in Informatik sowie einige Jahre Berufserfahrung. Zudem sei er auch in seinem aktuellen Job - wenn auch nur nebenbei - für IT-Probleme zuständig. Wie ausgeführt, habe er in den letzten Jahren jeweils drei Nächte pro Woche von ca. 19.00 Uhr bis 07.00 Uhr gearbeitet. Betreuungsleistungen habe er aus den dargelegten Gründen in den vergangenen Jahren nur zu einem Bruchteil des Vereinbarten erbracht. Es wäre ihm folglich bereits in der Vergangenheit genügend Zeit geblieben, um sich um sein weiteres berufliches Fortkommen zu kümmern. Unter Berücksichtigung seines Alters, der Berufsausbildung und Berufserfahrung erscheine eine Ausdehnung der Erwerbstätigkeit und damit die Erhöhung seiner Leistungsfähigkeit als durchaus zumutbar und möglich.

2.3.1.4. Der Gesuchsgegner bringe auch nicht glaubhaft vor, dass er seit Abschluss der Trennungsvereinbarung ernsthaft versucht hätte, eine andere Arbeitsstelle im angestammten Beruf als Informatiker zu finden. So habe er auf Nachfrage angegeben, lediglich einmal vor einem Jahr seinen Lebenslauf einer Firma in L. _____ gesendet zu haben. Unterlagen zu Suchbemühungen habe er auch keine eingereicht. Dass die Zusendung eines Lebenslaufes an eine einzige Firma nicht ausreiche um aufzuzeigen, dass die Ausdehnung der Leistungsfähigkeit nicht möglich sei, erscheine offensichtlich. Zusammenfassend seien keine Gründe ersichtlich, weshalb der gut ausgebildete Gesuchsgegner nicht in seinen angestammten Beruf zurückkehren und eine Arbeitsstelle finden könne, mit welcher er ein höheres Einkommen generieren könne. Dass er nur wenig Deutsch spreche, scheine sodann nicht weiter hinderlich zu sein, zumal er gemäss eigenen Angaben im Beruf hauptsächlich Englisch spreche. 2.3.1.5. Gestützt auf den Lohnrechner des Bundesamtes für Statistik erscheine es realistisch, dass der Gesuchsgegner bei einem Arbeitspensum von 100% einen Nettomonatslohn von Fr. 7'500.- erzielen könne. Entsprechend sei ihm ein hypothetisches Einkommen in diesem Umfang anzurechnen. Im Übrigen sei ihm eine angemessene Übergangsfrist anzusetzen. Der Gesuchsgegner wisse schon lange,

- 39 - dass er seine Arbeitskapazität auszuschöpfen hätte, sei dies doch im Eheschutzverfahren, das mit Entscheid vom 9. April 2021 erledigt worden sei, thematisiert worden.

Auch anlässlich der Verhandlungen vom 29. März 2022 und vom 10. Januar 2023 sei über ein hypothetisches Einkommen gesprochen worden. Vorliegend erschiene es demnach gerechtfertigt, ihm eine Übergangsfrist bis zum 31. Oktober 2023 anzusetzen (Urk. 170 S. 44).

2.3.2. Der Gesuchsgegner rügt in seiner Berufung die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens.

2.3.2.1. Die Vorinstanz wisse, dass sich die Parteien in der Trennungsvereinbarung darauf geeinigt hätten, dass der Gesuchsgegner 80% arbeite und dabei rund Fr. 4'200.– verdiene und die Gesuchstellerin ebenfalls 80% arbeite und dabei rund Fr. 10'000.– verdiene. Diese Absprache heble sie einfach aus, indem sie erwäge, dass aufgrund der Äusserung der Parteien und der Tatsache, dass das Scheidungsverfahren hängig sei, mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr zu rechnen sei. Deshalb habe sie eine von den Ehegatten geschlossene Vereinbarung abzuändern, um sie den neuen Lebensverhältnissen anzupassen. Diese Erwägung sei widersprüchlich. Selbst bei einem Pensum von 100% würde er lediglich Fr. 5'257.50 verdienen. In der Trennungsvereinbarung stehe explizit, dass eine Einkommensveränderung beim Gesuchsgegner bis Fr. 5'500.– netto kein Abänderungsgrund sei. Diese Sperrzahl hätte die Vorinstanz berücksichtigen müssen. Es müsse immer noch von seiner aktuellen Anstellung ausgegangen werden und bei dieser würde er selbst bei 100% weniger verdienen als die Sperrzahl ausmache. Die Trennungsvereinbarung berücksichtige bereits die Trennungssituation, weshalb man nicht willkürlich auf andere Parameter habe überspringen dürfen. Die Anwendung des Salariums beinhalte einen Paradigmenwechsel, der im Eheschutzurteil nicht vorgesehen gewesen sei.

2.3.2.2. Er könne auch nicht in bloss 4 Monaten als 54-jähriger IT-Spezialist, der sich seit 10 Jahren in der Branche nicht mehr aus- und weitergebildet habe und tätig gewesen sei, plötzlich wie ein IT-Spezialist verdienen, wovon das Salarium ausgehe. Die Vorinstanz erkläre nicht, weshalb das Salarium dem Einzelfall vorgehen solle. Es gebe fünf negative Punkte, die klar gegen ein hypothetisches Einkommen

- 40 - men sprechen würden: der Gesuchsgegner sei 54, also relativ alt für den IT-Beruf, er habe die Entwicklungen der letzten Jahre verpasst, er sei in Italien ausgebildet, er spreche kein Wort Deutsch und er habe sich nicht weitergebildet.

2.3.2.3. Es sei auch nicht so, dass er seit langem gewusst habe, dass er sich um eine neue Arbeitsstelle zu kümmern habe. Vielmehr habe er der Erstellung einer optimalen Kinderbetreuungssituation das Hauptgewicht zugemessen. Er habe zu jedem Zeitpunkt die entsprechenden Zeitfenster für die Kinder und auch das entsprechende Umfeld zur Verfügung gestellt. Es sei willkürlich, dass die Übergangsfrist von 6 Monaten auf 4 Monate verkürzt worden sei (Urk. 169 S. 33 f.).

2.3.2.4. In seiner Stellungnahme zum Umzug hält er an der Sachdarstellung der Berufungsschrift fest. Nach der Kündigung habe er eine neue Arbeitsstelle gesucht, was aber in seinem Alter und bei seinen Konditionen nicht einfach gewesen sei. Der bereits 2021 unterzeichnete Letter of Intent mit der Firma M._____ generiere kein Einkommen. Erst am 5. Februar 2024 habe eine Teilvereinbarung über die berufliche Zusammenarbeit abgeschlossen werden können, die jedoch nur ein Projekt darstelle, welches sich in der Zukunft realisieren könnte, um ihm inskünftig vielleicht ein gewisses Einkommen einzubringen (Urk. 202 S. 8). Die statistischen Werte würden dem konkreten Sachverhalt nicht Rechnung tragen. Es seien weder das Alter des Gesuchsgegners, noch seine Befindlichkeiten, noch seine aktuelle Anstellung, noch seine Möglichkeiten berücksichtigt worden (Urk. 202 S. 21 f.).

2.3.3. Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, dass sich die Vorinstanz nicht widersprüchlich verhalte, wenn sie eine Neubeurteilung von während der Ehe gelebten Einkommensverhältnissen vornehme, da davon ausgegangen werden müsse,

dass mit einer Aufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr zu rechnen sei. Die Parteien hätten am 24. Mai 2022 gestützt auf eine beidseitige Übereinkunft über eine Scheidung im Grundsatz ein Scheidungsverfahren hängig gemacht, was der Vorinstanz bekannt gewesen sei. Es sei auch nicht nachvollziehbar, wieso die Vorinstanz sich nicht auf statistische Werte mit Bezug auf eine Lohnannahme des Gesuchsgegners habe stützen dürfen. Wie die Vorinstanz zu Recht erkannt habe, habe der Gesuchsgegner nie ernsthafte Bemühungen unternommen, um sich und seine Einkommensmöglichkeiten zu entwickeln, zumal dem auch keine Sprachpro-

- 41 - bleme entgegengestanden seien. Die Gesuchstellerin habe schon anlässlich der ersten Gerichtsverhandlung am 29. März 2022 das Abstützen auf die statistischen Werte des Salariums nahegelegt und der Gesuchsgegner habe es nie für notwendig befunden, dies substantiiert zu bestreiten. Die angebliche Kinderbetreuungssituation habe dem auch nicht entgegengestanden, weil er die Söhne seit dem Sommer 2021 nicht, bzw. kaum mehr betreut habe (Urk. 192 S. 13 f.). Im Übrigen bringt sie vor, dass der Gesuchsgegner über ein verheimlichtes Einkommen verfüge. Eine Internetrecherche habe ergeben, dass der Gesuchsgegner als Senior Consultant für die Firma "M. _____", ein estländisches Unternehmen im Bereich Raumfahrt und Cybersicherheit, tätig sei. Der Gesuchsgegner gehe – neben seiner Anstellung als Sicherheitsangestellter – ganz offensichtlich bereits jetzt schon einem Erwerb als Informatiker nach. Es sei nicht anzunehmen, dass er diese Tätigkeit ohne jedes Einkommen ausgeführt habe. So oder so zeige dies, dass die Vorinstanz dem Gesuchsgegner ohne Willkür ein hypothetisches Einkommen angerechnet habe (Urk. 192 S. 15 ff.). 2.3.4. Der Gesuchsgegner rügt zunächst, die Vorinstanz habe bei der Ermittlung seines Einkommens nicht beachtet, dass sich die Parteien in der Trennungsvereinbarung vom 24. März 2021 auf eine bestimmte Aufgabenteilung geeinigt hätten und dabei auch das zu erzielende Einkommen festgesetzt hätten (vgl. Urk. 9A/62). Selbst wenn er nun für den gesamten Barunterhalt der Kinder aufkommen müsse, weil die Gesuchstellerin die alleinige Obhut inne hätte, dürfe ihm nicht mehr als 100% dieses vereinbarten Einkommens angerechnet werden, weshalb die Anwendung des Salariums unzulässig sei. Diese Rüge ist inhaltlich unbegründet. Die Eheschutzvereinbarung vom 24. März 2021 berücksichtigte zwar die Trennungssituation an sich (vgl. Urk. 169 S. 33), beruhte aber auf einer alternierenden Obhut mit massgeblichen Betreuungsanteilen des Gesuchsgegners. Im Zeitpunkt der Trennungsvereinbarung, die die Parteien im Eheschutzverfahren vor Gericht schlossen und welche mit Urteil vom 9. April 2021 genehmigt wurde, war der Gesuchsgegner erst vor Kurzem aus der ehelichen Wohnung ausgezogen (Urk. 9A/22 S. 8). Wie die Vorinstanz richtig feststellte, lagen damals gänzlich andere Verhältnisse vor als im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Abänderungsentscheids. Zu diesem Zeitpunkt waren die Parteien bereits zweieinhalb Jahre getrennt, lebten in zwei Wohnungen

- 42 - und das Scheidungsverfahren war seit etwa einem Jahr hängig (Urk. 110A/1). Das Kontinuitätsprinzip, das im Zeitpunkt der Trennungsvereinbarung vom 24. März 2021 (wohl) noch zur Anwendung kam, galt dann zweifellos nicht mehr. Die Betreuung der Kinder erfolgte (faktisch) nicht mehr im Rahmen einer alternierenden Obhut. Mit dem Entscheid wurden die Kinder dementsprechend unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt. Vor diesem Hintergrund war es zulässig war, dass die Vorinstanz davon ausging, die Absprache der Ehegatten beanspruche keine Geltung für die grundlegend veränderten neuen Verhältnisse und aufgrund dessen die zumutbare Erwerbstätigkeit des Gesuchsgegners ermittelte. Wie die Vorinstanz zutreffend hervorhob,

geht das Bundesgericht beim ehelichen Unterhalt von unterschiedlichen Phasen aus, bei denen je länger die Trennung zurückliegt und je weniger mit der Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts gerechnet werden kann bzw. je stärker das Scheidungsverfahren in den Vordergrund rückt, je mehr die Grundsätze des nahehelichen Unterhalts und damit auch die Eigenversorgung der Ehegatten in den Vordergrund treten (vgl. Maier, Unterhaltsfestsetzung in der Praxis, 2023, S. 46 ff.; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2022, S. 140 ff.).

2.3.5. Die Rüge des Gesuchsgegners, die Vorinstanz habe ihm kein Einkommen als Informatiker in Höhe von Fr. 7'500.– anrechnen dürfen, genügt den Begründungsanforderungen nicht. Der Gesuchsgegner wiederholt in Wesentlichen seine Argumente, die er bereits vor der Vorinstanz vortrug. Die blosser Wiederholung genügt nicht, der Gesuchsgegner hat mittels genügend präziser Verweisung auf die Akten aufzuzeigen, wo er diese Behauptungen im erstinstanzlichen Verfahren erhob und inwiefern die Vorinstanz diese falsch würdigte bzw. sich daraus ein Berufsgrund ergibt (vgl. E.II.1.3.).

2.3.6. Die Rüge ist auch inhaltlich unbegründet. Der Gesuchsgegner hat nach seinem Studium in Deutschland und dann in der Schweiz gearbeitet. Somit können die Tatsachen, dass er in Italien ausgebildet wurde und kein Deutsch spricht, keine entscheidende Rolle spielen, konnte er trotz diesen beiden Faktoren eine Anstellung als Informatiker im deutschsprachigen Raum finden. Wie die Vorinstanz bereits feststellte, hat der Gesuchsgegner in seiner letzten Anstellung als Sicherheits-

- 43 - angestellter auf einem Schulcampus unter anderem auch das IT-Netzwerk der Schule betreut, weshalb er nicht gänzlich von den Entwicklungen der IT-Branche der letzten Jahre abgeschnitten sein kann. Abgesehen von einer Bewerbung, die bereits die Vorinstanz feststellte, hat der Gesuchsgegner auch keine Suchbemühungen seit der Trennung unternommen. Es kann auf die Ausführungen in E. V.2.2.6 verwiesen werden. Damit hat er nicht glaubhaft gemacht, dass er auf dem Stellenmarkt keine Anstellung als Informatiker mehr findet. Die von der Gesuchstellerin behauptete Tätigkeit bei der Firma "M.____", die der Gesuchsgegner insofern nicht bestreitet, als dass bereits im Jahre 2021 ein Letter of Intent habe unterzeichnet werden können sowie kürzlich eine Teilvereinbarung über ein Projekt, deuten vielmehr auf das Gegenteil hin, nämlich dass er einer Erwerbstätigkeit als Informatiker nachgehen kann. Der Gesuchsgegner sagt denn auch selbst, dass er sich mit Sicherheitsfragen in der Informatik beschäftige und auf Basis seiner technischen Fähigkeiten Arbeit suche; er habe einen vorgängigen Letter of Intent unterzeichnen können (Urk. 202 S. 14 mit Verweis auf Urk. 204/10 in Verbindung mit Urk. 221/1 S. 7). Dass eine Erwerbstätigkeit als Informatiker für ihn unzumutbar ist, hat er somit auch nicht glaubhaft gemacht, denn die tatsächliche Möglichkeit einer Anstellung impliziert die Zumutbarkeit (BGE 147 III 308 E. 5.4).

2.3.7. In diesem Zusammenhang bringt der Gesuchsgegner die weitere Rüge vor, dass ein statistischer Wert, der dem Salarium entnommen wird, nicht ohne Anpassung auf die Umstände des Einzelfalls übernommen werden dürfe, mithin eine unrichtige Rechtsanwendung vorliege (Urk. 169 S. 33; Urk. 202 S. 21 f.). Die Gesuchstellerin weist die Ausführungen des Gesuchsgegners als unsubstanziert zurück (Urk. 192 S. 13; Urk. 207 S. 8). Zwar trifft es zu, dass statistische Werte keine Aussagen über den Einzelfall machen, sondern mit einem bestimmten Signifikanzniveau eine Wahrscheinlichkeitsangabe für eine Gesamtpopulation liefern, die sie aus einer Stichprobe nehmen. Der Gesuchsgegner vergisst allerdings, dass es seine prozessuale Obliegenheit gewesen wäre, die nötigen Einzelumstände zu behaupten, die das Gericht dann bei der Heranziehung des statistischen Werts hätte würdigen können. Versäumt er es, kann keine

Rechtsverletzung vorliegen, wenn das Gericht für die Ermittlung des hypothetischen Einkommens einzig auf den statistischen Wert abstellt.

- 44 - 2.3.8. Die Rüge des Gesuchsgegners schliesslich, die Vorinstanz habe die Übergangsfrist in unrichtiger Rechtsanwendung von den üblichen sechs auf vier Monate gekürzt, erscheint inhaltlich begründet. Der Gesuchsgegner vermischt zwar die Erhöhung seiner Pensums von 80% auf 100% - weil er neu nicht mehr die Obhut über die Kinder hat - mit der Frage, ob es ihm - selbst im Falle einer weiteren Betreuung der Kinder - zumutbar wäre, sein Einkommen zu steigern, weil die Lebensverhältnisse während der Ehe immer mehr in den Hintergrund rücken. Selbst wenn die Vorinstanz die alternierende Obhut belassen hätte, wäre der Gesuchsgegner verpflichtet, sein Einkommen zu steigern, da sich die Parteien nun scheiden lassen. Auch wenn dies im Abänderungsverfahren mehrfach angesprochen und das Verfahren aufgrund des initiierten Scheidungsverfahrens zeitweise informell sistiert wurde, war für den Gesuchsgegner erst mit der Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids genügend klargestellt, dass das Pensum zu erhöhen ist. Er macht damit zu Recht geltend, die Übergangsfrist sei unter den gegebenen Umständen unrealistisch kurz. 2.3.9. Zusammengefasst dringt der Gesuchsgegner mit seinen Rügen hinsichtlich dem ihm durch die Vorinstanz angeordneten hypothetischen Einkommen einzig hinsichtlich der Übergangsfrist durch. Es ist von einem hypothetisch anrechenbarem Einkommen von Fr. 7'500.- ab dem 1. Januar 2024 auszugehen. In der Übergangsphase vom 1. November 2023 bis zum 31. Dezember 2023 ist von einem hypothetischen Einkommen in der Höhe der bisher erzielten Fr. 4'206.- auszugehen. 2.4. Bedarf des Gesuchsgegners 2.4.1. Wird dem Gesuchsgegner ein hypothetisches Einkommen nach schweizerischen Verhältnissen angerechnet (vgl. E.V.2.3), ist für den Bedarf des Gesuchsgegners ebenfalls auf die hiesigen Verhältnisse abzustellen. Es kann davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsgegner nach schweizerischen Verhältnissen einen Bedarf in derjenigen Höhe hätte, die die Vorinstanz für ihn ab dem 1. November 2023 ermittelt hat. 2.4.2. Der Gesuchsgegner rügt, dass sein Existenzminimum falsch berechnet worden sei (Urk. 169 S. 31). Die Rüge des Gesuchsgegners ist unklar und genügt des-

- 45 - halb den Begründungsanforderungen nicht. Es ist nicht klar, ob und was der Gesuchsgegner am vorinstanzlichen Entscheid genau kritisieren möchte oder ob er einfach generell appellatorische Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz zu seinem Existenzminimum üben möchte. 2.4.3. Sollte der Gesuchsgegner die Höhe seiner Mobilitätskosten rügen wollen, genügt die Rüge ebenfalls nicht den Begründungsanforderungen. Der Gesuchsgegner setzt sich mit der Argumentation der Vorinstanz gar nicht auseinander und bringt auch keinen Berufungsgrund vor. 2.5. Bedarf der Gesuchstellerin 2.5.1. Der Gesuchsgegner rügt, dass der von der Vorinstanz ermittelte Bedarf für die Gesuchstellerin und die Kinder das vom Betreibungsamt fixierte Existenzminimum übersteige (Urk. 169 S. 31). 2.5.2. Insofern diese Rüge den prozessualen Anforderungen im zweitinstanzlichen Verfahren genügt, ist sie offensichtlich inhaltlich unbegründet. Die Vorinstanz ermittelte für die Parteien ein familienrechtliches Existenzminimum, weil es die finanziellen Mittel der Parteien zulassen und im Rahmen des gebührenden Unterhalts deshalb darauf Anspruch besteht. Das familienrechtliche Existenzminimum ist höher als das betreibungsrechtliche Existenzminimum (BGE 147 III 265 E. 7.2). 2.6. Leistungsfähigere obhutsberechtigte Gesuchstellerin 2.6.1. Die Vorinstanz erwog bei der Unterhaltsberechnung in der 2. Phase (ab dem 1. November 2023) das Folgende: 2.6.1.1. Der Gesamtüberschuss der Familie betrage Fr. 7'873.-. Gemäss bundes-

gerichtlicher Rechtsprechung sei der Überschuss grundsätzlich nach grossen und kleinen Köpfen zu verteilen. Hingegen könne bei der Überschussverteilung in Betracht gezogen werden, wenn ein Ehegatte ausserordentliche Anstrengungen erbringe (z.B. Deckung des Natural- und Barunterhalts eines Kindes). Vorliegend habe die Gesuchstellerin die drei Kinder bereits seit der Anhebung des vorliegenden Verfahrens im Januar 2022 bis und mit heute grösstenteils alleine betreut und

- 46 - sei auch inskünftig für die Betreuung der Kinder alleine (ausgenommen das gerichtliche Besuchsrecht) zuständig. Sie decke sodann während der ersten Phase sämtliche und in der zweiten Phase einen grossen Teil der finanziellen Bedürfnisse der Kinder. Der Gesuchsgegner seinerseits betreue die Kinder bzw. C._____ und D._____ "nur" im Rahmen des gerichtlichen Wochenendbesuchsrechts alle zwei Wochen und während 5 Wochen Ferien. Hinzu würden die hohen Schulden der Gesuchstellerin kommen, welche im Grundsatz belegt seien, jedoch mangels Belegen betreffend deren regelmässiger Abzahlung oder weil es sich um Drittschulden handle, im Bedarf nicht berücksichtigt hätten werden können. Entsprechend erscheine es vorliegend angemessen, den Überschuss den Kindern je zu 15% und den restlichen Überschuss der Gesuchstellerin zu 45% sowie dem Gesuchsgegner zu 10% zuzusprechen (Urk. 170 S. 61 f.). 2.6.1.2. In der zweiten Phase sei der Überschuss des Gesuchsgegners (Einkommen - Bedarf = Fr. 3'451.-) höher als sein Anteil am Überschuss (Fr. 787.-), was dazu führe, dass er in der Lage sei, den Restbetrag in der Höhe von Fr. 2'664.- an den Barunterhalt der Kinder zu bezahlen. Dieser Betrag reiche nicht aus, um sämtliche Barbedarfe der drei Kinder im Gesamtbetrag von Fr. 4'587.- zu decken. Er sei jedoch gleichmässig auf die drei Kinder zu verteilen, was einem monatlichen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 888.- pro Kind entspreche (Urk. 170 S. 63 f.). 2.6.1.3. Der Gesuchsgegner rügt, die Vorinstanz widerspreche sich, wenn sie ausführe, dass vom Grundsatz, wonach der nicht obhutsberechtigte Elternteil den Geldunterhalt vollständig zahlen müsse, abgewichen werden könne, wenn der hauptbetreuende Elternteil leistungsfähiger sei als der andere und diese Ausnahme dann nicht anwende. Selbst wenn der Gesuchsgegner ein hypothetisches Einkommen erzielen könnte, würde er gemäss Annahme der Vorinstanz nur Fr. 7'500.- pro Monat verdienen. Rechne man der Gesuchstellerin noch die Kinderzulagen hinzu, erziele er etwa die Hälfte ihres Einkommens und trotzdem verpflichte man ihn zu einer Unterhaltszahlung von Fr. 888.- pro Kind und Monat. Folge man den Berechnungen der Vorinstanz ergebe sich ab dem 1. November 2023 für die Gesuchstellerin und die Kinder ein Freibetrag von Fr. 7'086.- und für den Gesuchsgegner ein solcher von Fr. 787.-. Die Gesuchstellerin und die Kinder hätten also

- 47 - einen rund 9-mal so hohen Freibetrag wie der Gesuchsgegner. Dies widerspreche dem Gleichbehandlungsprinzip und der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, namentlich BGE 147 II 225 (Urk. 169 S. 30 f. und 35 f.). 2.6.2. Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, dass der Gesuchsgegner keinen substantiierten und begründeten Tatsachenvortrag vorbringe (Urk. 192 S. 13 und S. 14 f.). 2.6.3. Der Gesuchsgegner ficht die Überschussverteilung der Vorinstanz nicht an. Nach diesem Verteilungsschlüssel kommt man auf die folgende Leistungsfähigkeit der Parteien in der 2. Unterhaltsphase (ab dem 1. Januar 2024): Gesuchsgegner Gesuchstellerin alle Kinder Einkommen Fr. 7'500.- Fr. 13'824.- Fr. 700.- - Bedarf - Fr. 4'049.- - Fr. 5'515.- - Fr. 4'587.- = Zwischensumme Fr. 3'451.- Fr. 8'309.- - Fr. 3'887.- - Überschussanteil - Fr. 787.- - Fr. 3'542.85 - Fr. 3'542.85 (gemäss Vorinstanz) (10%) (45 %) (je 15%) = Leistungsfähigkeit Fr. 2'664.- Fr. 4'766.15 - Fr. 7'429.85 Anteil am Kindesunterhalt gemäss vor- (Fr. 2'664.- / Fr. 7'429.85

(resultierender instanzlichem Urteil = 0.36) Differenzbetrag) Folglich beteiligt sich die Gesuchstellerin schon zu einem überwiegenden Anteil von 64% am Unterhalt der Kinder. Die Berechnungen der Vorinstanz trägt der Ein- kommendifferenz der Parteien somit Rechnung und ist im Einklang mit der bun- desgerichtlichen Rechtsprechung. Die Rüge ist inhaltlich unbegründet. 2.7. Weitere Rügen

- 48 - 2.7.1. Die Ausführungen des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin erbringe den Naturalunterhalt der Kinder nicht bzw. habe ihn in der Vergangenheit nicht erbracht, ist mehr allgemeine Kritik denn Rüge (Urk. 169 S. 29). Der Gesuchsgegner macht weder geltend, dass die Vorinstanz den Sachverhalts falsch festgestellt habe, noch, dass eine unrichtige Rechtsanwendung vorliegt. 2.7.2. Auch ist die Behauptung, die Gesuchstellerin sei gar nicht auf den Kindesun- terhalt des Gesuchsgegners angewiesen (Urk. 202 S. 12 f.), lediglich eine allge- meine Kritik. Es fehlen auch hier konkrete Berufungsgründe, die geprüft werden könnten. Mangels konkreter Tatsachenbehauptung sind auch die Editionsbegehren des Gesuchsgegners auf den Lohnausweis der Gesuchstellerin 2023 und die Lohn- abrechnungen von Januar bis März 2024 abzuweisen. 2.8. Zusammengefasst sind die Rügen des Gesuchsgegners zum künftigen Kin- desunterhalt weitestgehend unbegründet, soweit sie den Begründungsanforderun- gen genügen. Einzig hinsichtlich der Übergangsfrist ist eine Anpassung vorzuneh- men; der Gesuchsgegner hat der Gesuchstellerin ab dem 1. Januar 2024 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens an den Unterhalt der drei Söhne monatlich Fr. 888.– pro Kind zu bezahlen. Es bleibt ebenfalls bei den in Ziff. 5.5 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 20. Juni 2023 festgestellten finanziellen Verhält- nissen der Parteien. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens

E. 1.5

Die Höhe der Entscheidgebühr und der Parteientschädigung blieben unan- gefochten und sind nicht zu beanstanden. Dispositiv-Ziffern 6, 7, 8 und 9 des an- gefochtenen Urteils sind daher zu bestätigen.

E. 1.6

Beim Gesuch des Gesuchsgegners um Zusprechung eines Prozesskosten- beitrages bzw. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verneinte die Vor- instanz dessen Mittellosigkeit. Sie ermittelte einen Bedarf von Fr. 3'639.–, der ei- nem Einkommen von Fr. 4'206.– gegenüberstehe. Damit verbleibe ihm ein monat- licher Überschuss von Fr. 567.–. Mit diesem sei es ihm ohne weiteres möglich, die ihm auferlegten Prozesskosten sowie die Kosten seines Anwalts innert Jahres- bzw. Zweijahresfrist zu tilgen (Urk. 170 S. 73 ff.).

E. 1.7

Der Gesuchsgegner rügt, sein Antrag auf Prozesskostenbeitrag sei abge- wiesen worden, obwohl er ihn nie formell zurückgezogen habe. Er macht sodann etwas unklare Ausführungen, weshalb der Gesuchstellerin trotz der Lohnpfändung ein Freibetrag verbleibe (Urk. 169 S. 39 ff.). Zu seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bringt er vor, dass er unter dem Existenzminimum lebe. Er habe kein Vermögen, aber Schulden bei seiner Schwester und seinem Rechtsvertreter. Die Vorinstanz habe diverse Positionen in seinem Bedarf nicht berücksichtigt. Er be- treue D. _____ bereits jetzt alternierend, weshalb ihm die Hälfte von dessen Grund- betrag, also Fr. 300.–, anzurechnen sei. Die Mobilitätskosten betrügen sodann min- destens Fr. 600.–. Die Parteien hätten vereinbart, dass er in K. _____ arbeite und dafür das Familienauto benutze. Er könne nicht mit dem Zug

fahren, weil er D._____ betreuen müsse und in der Nacht arbeite, wenn keine öffentlichen Verkehrsmittel fahren würden. Die Steuern seien ausserdem viel zu niedrig angesetzt. Sie betrügen mindestens Fr. 350.–. Effektiv lebe er tief unter seinem Existenzminimum, wenn man die Schuldentilgung miteinbeziehe, welche mindestens Fr. 300.– pro Monat betrage (Urk. 169 S. 41 ff.).

- 51 -

E. 1.8

Die Gesuchstellerin entgegnet, dass sie bereits vor der Vorinstanz dargelegt habe, dass sie weit über Fr. 100'000.– Schulden habe. In der Zwischenzeit unterliege sie einer Lohnpfändung und es seien Forderungen von Fr. 132'511.– in Bearbeitung. Die Vorinstanz habe sie zu Recht nicht zu einem Prozesskostenbeitrag verpflichtet. Sämtliche Behauptungen des Gesuchsgegners, namentlich dass ihr ein Freibetrag zustünde, seien falsch, aktenwidrig und bestritten. Die Ausführungen des Gesuchsgegners zur unentgeltlichen Rechtspflege kommentiere sie nicht, weil sie hier nicht Partei sei (Urk. 192 18 ff.).

E. 1.9

Der Gesuchsgegner genügt der Rügepflicht nicht (E. II.1.5). Er hätte sich mit den Argumenten der Vorinstanz zu seinem zivilprozessualen Notbedarf auseinandersetzen müssen, was er jedoch nicht tat. Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner einen Grundbetrag für Alleinstehende an, weil er dies selbst so beantragt hatte. Damit setzt er sich nicht auseinander. Bei den Mobilitätskosten vertrat die Vorinstanz die Ansicht, dass er für die Zurücklegung des Arbeitswegs nicht auf das Auto angewiesen sei. Auch mit diesem Argument setzt sich der Gesuchsgegner nicht auseinander. So führt er insbesondere nicht aus, weshalb er zu Arbeitsbeginn um 19:00 Uhr und zu Arbeitsende um 07:00 Uhr nicht den öffentlichen Verkehr benutzen könne. Bei den Steuern erwog die Vorinstanz, dass diese nur berücksichtigt würden, wenn der Gesuchsgegner auch tatsächlich Steuern im ihm möglichen Ausmass zahle. Da er keinerlei Belege zur Bezahlung eingereicht habe, würde ihm kein Betrag angerechnet. Auch darauf geht der Gesuchsgegner nicht ein, so behauptet er nicht, dass er tatsächlich Steuern gezahlt habe. Dasselbe gilt für die von ihm behaupteten Schulden. Auch hier verlangte die Vorinstanz einen Tilgungsnachweis. Damit setzt sich der Gesuchsgegner nicht auseinander und behauptet auch keine Schuldentilgung.

E. 1.10

Zusammengefasst bleibt es dabei, dass die Mittellosigkeit des Gesuchsgegners nicht erstellt ist. Die Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz zur unentgeltlichen Rechtspflege ist abzuweisen.

- 52 - 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens 2.1. Die Prozesskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Im gleichen Verhältnis hat die unterliegende Partei die Gegenpartei zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). In familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Kosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Grundsätzlich werden die Kosten des Verfahrens unabhängig von dessen Ausgang hälftig auf die Parteien aufgeteilt bzw. die Partei-entschädigungen wettgeschlagen, wenn Kinderbelange (ausgenommen Kinderun-

terhaltsbeiträge) in Frage stehen, sofern die antragstellende Partei unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatte (OGER ZH LE110049 vom 25. Januar 2012 E. 4). 2.2. Vorliegend musste einerseits über die Obhut bzw. das Besuchsrecht und andererseits über die (Kinder-)Unterhaltsbeiträge befunden werden. Es rechtfertigt sich deshalb, den Anteil an der Entscheidgebühr, der die Obhut und das Besuchsrecht betreffen, den Parteien hälftig aufzuerlegen. Im Zusammenhang mit den Unterhaltsforderungen unterliegt der Gesuchsgegner mit seinem Antrag, er sei von jeglicher Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Gesuchstellerin (für die gemeinsamen Söhne) zu befreien. Er unterliegt auch mit seinem Antrag, die Unterhaltszahlungsverpflichtungen der Gesuchstellerin seien für D._____ und C._____ gemäss erstinstanzlichem Urteil vom 9. April 2021 zu bestätigen. Einzig bezüglich der rückwirkenden Aufhebung der Unterhaltspflicht der Gesuchstellerin sowie der Übergangsfrist für sein eigenes Einkommen obsiegt er. Gemäss der Trennungsvereinbarung vom 24. März 2021 hätte der Gesuchsgegner für das Getrenntleben Unterhaltsbeiträge von 48 x Fr. 1'500.– = Fr. 72'000.– erhalten (Urk. 172/1). Neu muss er 24 x Fr. 2'664.– = Fr. 63'936.– zahlen. Der Streitwert entspricht der Addition, sprich Fr. 135'936.–. Der Gesuchsgegner obsiegt im Umfang von 22 x Fr. 1'500.– und 2 x Fr. 2'664.– = Fr. 38'328.–. Dies entspricht gerundet gut 25% des Streitwerts. Der Gesuchsgegner unterliegt somit zu rund $\frac{3}{4}$. Insgesamt (unter Berücksichtigung

- 53 - der Obhuts- und Betreuungsregelung) sind die Gerichtskosten somit zu rund 40% der Gesuchstellerin und zu rund 60% dem Gesuchsgegner aufzuerlegen. 2.3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist unter Berücksichtigung, dass ebenfalls bei beiden Parteien über ein Gesuch um Prozesskostenbeitrag bzw. um Gewährung des Armenrechts sowie zudem über einen Antrag der Gesuchstellerin um Sicherheit der Parteientschädigung entschieden werden musste (vgl. E. I.2. f. und E. VI.2.2.4. ff.), auf Fr. 5'500.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b und 8 Abs. 1 GebV OG). Sie ist aus dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen, unter Erstattungspflicht der Gesuchstellerin im Umfang von Fr. 2'200.– (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). 2.4. Gestützt auf die einschlägigen Normen der Anwaltsgebührenverordnung (§ 11 Abs. 1 und 2 und § 13 Abs. 1 i.V.m. §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 3 und 9 AnwGebV) erscheint eine (volle) Parteientschädigung von Fr. 7'500.– (einschliesslich 7.7% bzw. 8.1% Mehrwertsteuer) angemessen. Entsprechend dem Verhältnis der Kostentragung ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine auf 20% reduzierte Parteientschädigung von rund Fr. 1'500.–, antragsgemäss zuzüglich Mehrwertsteuer, zu bezahlen. 2.5. Die Gesuchstellerin stellt in ihrer Berufungsantwort einen Antrag auf Zusperrung eines Prozesskostenbeitrages vom Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren in der Höhe von Fr. 10'000.– (zzgl. Mehrwertsteuer). Über das eventualiter gestellte Armenrechtsgesuch wurde bereits mit Verfügung vom 21. Februar 2024 entschieden (Urk. 195). 2.6. Ein Ehegatte kann verpflichtet werden, dem anderen einen Beitrag zur Finanzierung des Prozesses zu bezahlen, sofern er in der Lage ist, neben seinen eigenen Prozesskosten auch diejenigen des mittellosen anderen Ehegatten zu übernehmen. Dabei sind die Grundsätze zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO analog anzuwenden. Der ansprechenden Partei müssen demnach die Mittel fehlen, um neben ihrem Lebensunterhalt den Prozess zu finanzieren, und der Prozess darf zudem nicht aussichtslos erscheinen

- 54 - (OGer ZH LY230015 vom 26. Oktober 2023 E. 11.2; OGer ZH LY230028 vom 5. September 2023 E. 4). 2.7. Die Gesuchstellerin geht in ihrer Begründung selbst davon aus, dass dem Gesuchsgegner für die Leistung eines Prozesskostenbeitrags die Mittel fehlen, da er gemäss der Verfügung des Scheidungsrichters vom 28. September 2023 als mittellos erscheine (Urk. 192 S. 23 f.). Dies trifft zu: Der Gesuchsgegner verfügt seit seinem Umzug nach Italien über kein Einkommen. Er erhält von der italienischen Arbeitslosenentschädigung EUR 1'050.– pro Monat (Urk. 219 S. 7). Zwar behauptet die Gesuchstellerin, dass der Gesuchsgegner eine Entschädigung von der Firma "M._____" im Rahmen eines Letter of Intents erhalte (Urk. 207 S. 5). Sie bringt diese Tatsachenbehauptung jedoch nicht genügend substantiiert vor und unterlässt es, entsprechende Beweismittel zu bezeichnen. Der Gesuchsgegner verfügt auch nicht über Vermögenswerte, welche einen Prozesskostenbeitrag rechtfertigen würden (Urk. 204/6, Urk. 221/3, Urk. 221/4 S. 7: Gemäss seiner Steuererklärung besass er am 31. Dezember 2023 ein Vermögen von Fr. 2'362.–; bei der Basler Kantonalbank hatte er am 9. März 2024 ein Guthaben von Fr. 57.60; auf seinem italienischen Bankkonto hatte er am 17. Juli 2024 ein Guthaben von EUR 484.59). Der Antrag der Gesuchstellerin auf Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages ist damit abzuweisen. Es wird beschlossen:

E. 5

Die vorinstanzlichen Akten, die Akten im Scheidungsverfahren und die Akten der KESB Bezirk Meilen, die über die Vorinstanz an die hiesige Kammer gelangten, wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif, was den Parteien mit Verfügung vom 2. September 2024 angezeigt wurde (Urk. 227). Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als diese entscheidrelevant sind. II. Prozessuales 1. Allgemeines

E. 8

Dezember 2016 E. 2.2.2 m.w.H.). Diese Grundsätze gelten auch im Bereich der unbeschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4; BGer 5A_800/2019 vom 9. Februar 2021 E. 5.1).

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