

ZH_OBERGERICHT LY210041 vom 6. April 2022

ZH Obergericht, 2022-04-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY210041

FR: ZH_OBERGERICHT LY210041 du 6 avril 2022

IT: ZH_OBERGERICHT LY210041 del 6 aprile 2022

Erwägungen

E. 1

Die Parteien – A._____ als Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Berufungskläger) und B._____ als Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Berufungsbeklagte) – sind seit dem tt. Juni 2005 miteinander verheiratet und haben zwei gemeinsame Söhne namens C._____, geboren am tt.mm. 2005, und D._____, geboren am tt.mm.2007 (vgl. act. 7/2). Seit dem 3. September 2011 leben die Parteien getrennt (vgl. act. 7/3 S. 30).

E. 1.1

Nach ständiger Rechtsprechung hat bei der Obhut zuteilung das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbesondere den Wünschen der Eltern. Vorab muss die Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Bei ihr geht es in erster Linie darum, ob ein Elternteil bereit und in der Lage ist, auf das Bedürfnis des Kindes nach harmonischer Entfaltung einzugehen und die hierfür notwendige Stabilität zu bieten (BGer, 5A_105/2016 vom 7. Juni 2016, E. 2.2). Ist die Erziehungsfähigkeit bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkin-

- 17 - der und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzungen ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich weitere Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (statt vieler: BGE 136 I 178, BGer, 5A_46/2015 vom 26. Mai 2015, E. 4.4.2; BGer, 5A_976/2014 vom 30. Juli 2015, E. 2.3, jeweils m.w.H.).

E. 1.2

In Bezug auf den Kindeswillen hielt das Bundesgericht fest, dass bereits bei einem 11 ½-Jährigen angesichts des fortgeschrittenen Alters seinem konstant geäusserten Willen eine relativ grosse Beachtung zu schenken ist, auch wenn dem Kind selbstverständlich kein eigentliches Bestimmungsrecht zukomme, bei welchem Elternteil es zukünftig leben möchte (vgl. BGer, 5A_1013/2018 vom 1. Februar 2019, E. 5; bestätigt für einen 14-Jährigen in BGer, 5A_558/2021 vom 29. Juli 2021, E. 3). 2.

E. 2

Am 2. Mai 2012 fällte das Einzelgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon einen Eheschutzentscheid (vgl. act. 7/3), in welchem – soweit heute von Bedeutung – die gemeinsamen Söhne unter die Obhut der Berufungsbeklagten gestellt wurden. Der

Berufungskläger wurde zudem ab dem 1. Oktober 2012 verpflichtet, der Berufungsbeklagten Kinderunterhaltsbeiträge von je monatlich Fr. 1'000.– (zzgl. Kinderzulagen) und Ehegattenunterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 550.– zu bezahlen (act. 7/3 S. 31 f.).

E. 2.1

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel zur Prozessführung verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO), wobei es der gesuchstellenden Person obliegt, das Vorliegen dieser Voraussetzungen im Gesuch insbesondere mittels umfassender Darlegung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Die Behörde hat sämtliche Umstände im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zu würdigen und der gesamten wirtschaftlichen Situation der gesuchstellenden Person Rechnung zu tragen. Die gesuchstellende Person hat nach Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern. Es trifft sie eine umfassende Mitwirkungsobliegenheit. Insofern gilt im Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege ein durch die umfassende Mitwirkungsobliegenheit eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz. Wenn anwaltlich vertretene Gesuchsteller ihren Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommen, kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder

- 49 - mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden, ohne dass eine Nachfrist zur Verbesserung angesetzt werden muss (BGer, 4A_257/2021 vom 6. September 2021, E. 2.1; BGer, 4A_622/2020 vom 5. Februar 2021, E. 2.4; BGer, 5A_456/2020 vom 7. Oktober 2020, E. 5.1.3, je m.w.H.).

E. 2.2

Was das Gesuch des Berufungsklägers anbelangt, ist Folgendes zu erwähnen: Der Berufungskläger ist alleiniger Inhaber der I._____ GmbH (vgl. Handelsregisterauszug auf zefix.ch; abgerufen am 22. Dezember 2021). Er macht zur Begründung seiner Mittellosigkeit geltend, sein Geschäft als ... befinde sich im Aufbau. Er habe im Jahr 2019 Fr. 20'630.– und im Jahr 2020 Fr. 41'081.– verdient. Über nennenswerte Vermögenswerte verfüge er nicht. Hierzu verweist er auf seine Vermögensübersicht betreffend seine bei der ZKB gehaltenen Bankkonten (act. 3/9–10). Das Geschäftskonto weise eine gewisse Liquidität aus, welche aber geschäftsbedingt sei (act. 2 Rz. 71). Dies stellt in zweifacher Hinsicht eine unzureichende Darlegung seiner Einkommens- und Vermögenswerte dar. Einerseits behauptet und belegt der Berufungskläger sein aktuelles Einkommen nicht. Es ist nicht genügend, für ein am 17. September 2021 anhängig gemachtes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege lediglich Einkommenszahlen aus dem Jahr 2020 zu behaupten und zu belegen. Andererseits sind bei einem Gesuchsteller, der Alleininhaber einer GmbH ist, Angaben und Belege zur finanziellen Situation der Gesellschaft unumgänglich. Als Einkommen zählt dem Grundsatz nach nämlich auch ein Gewinn der Gesellschaft, welcher nicht bezogen wird (vgl. WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019, Rz. 231 ff.). Mit der Ausführung, das Geschäft befinde sich noch im Aufbau, wird wohl implizit geltend gemacht, es werde noch kein Gewinn erzielt. Eine blosser Behauptung genügt indessen nicht. Der Berufungskläger hätte dies zumindest ansatzweise belegen müssen, insbesondere durch Einreichung seiner Geschäftsbuchhaltung.

- 50 - Der Berufungskläger ist mithin seiner umfassenden Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen. Da er anwaltlich vertreten ist, erübrigt sich die Ansetzung einer Nachfrist zu Verbesserung. Ferner ist auch in diesem Zusammenhang der bereits oben erwähnte Facebook- Beitrag des Berufungsklägers zu berücksichtigen, in welchem jener unter anderem ausführt, er halte den Gewinn seiner Unternehmung absichtlich tief (vgl. E. IV./2.4). Eine solche prozesstaktische Steuerung des Geschäftsergebnisses seiner GmbH begründet ein rechtsmissbräuchliches Verhalten, welches zu einer Verwirkung des Anspruches auf unentgeltliche Rechtspflege führt (vgl. BGer, 4A_264/2014 vom 17. Oktober 2014, E. 3.1). Nach dem Gesagten ist das Gesuch des Berufungsklägers um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung abzuweisen.

E. 2.3

Zum Gesuch der Berufungsbeklagten gilt was folgt: Die unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär gegenüber der Unterstützungspflicht aus dem Familienrecht, insbesondere der ehelichen Unterstützungspflicht (statt vieler: BGE 127 I 205). Es besteht daher die grundsätzliche Obliegenheit vom Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen (WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 168). Die unentgeltliche Rechtspflege ist dann zu gewähren, wenn der andere Ehegatte einen Prozesskostenvorschuss zu leisten nicht in der Lage ist oder der ihm auferlegte Vorschuss nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten einbringlich ist (BGer, 5A_562/2009 vom 22. Januar 2010, E. 5; BGer, 8C_375/2009 vom 3. Juni 2009, E. 3.1). Verzichtet eine anwaltlich vertretene Partei auf ein Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, so hat sie ausdrücklich darzulegen, weshalb sie dies tut, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise prüfen kann (BGer, 5A_928/2016 vom 22. Juni 2017, E. 8; BGer, 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1). Von diesem Erfordernis ist dort abzusehen, wo die Mittellosigkeit des anderen Ehegatten manifest ist, so dass es einem überspitzten Formalismus gleichkäme, Ausführungen zu verlangen, weshalb kein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses gestellt worden sei (BGer, 5A_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4.). Fehlt (vorbehältlich der eben-

- 51 - genannten Ausnahme) diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abgewiesen werden (BGer, 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008, E. 5). Ferner ist ein Gericht nicht verpflichtet, die Akten nach möglichen Hinweisen und Anhaltspunkten zu durchforsten, die darauf schliessen lassen könnten, dass kein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss besteht (BGer, 5A_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2; 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.2). Die Berufungsbeklagte stellt bei der Kammer weder ein Begehren um einen Prozesskostenvorschuss noch erläutert sie, wieso sie auf ein solches verzichtet hat. Sie stellt die Mittellosigkeit des Berufungsklägers explizit in Abrede (vgl. act. 16 Ziff. B./ad 71.–73.) und macht keine Ausführungen zu einer allfälligen Uneinbringlichkeit eines ihr zuzusprechenden Kostenvorschusses. Von einer manifesten Mittellosigkeit des Berufungsklägers kann damit unter den konkreten Umständen keineswegs ausgegangen werden, auch wenn im vorinstanzlichen Verfahren seinerzeit den Parteien mit Verfügung vom 27. März 2018 (act. 7/68) die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung gewährt worden war. Unter diesen Umständen ist ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren ebenfalls und ohne Weiterungen abzuweisen. 3.

E. 2.4

Die Vorinstanz würdigte den Facebook-Beitrag des Berufungsklägers (act. 7/209 = act. 7/220/2) zutreffend. Wie sie richtig ausführte, kann aus dem Umstand, dass sich der Berufungskläger am politischen Diskurs betreffend die

- 37 - Abstimmung zum Vaterschaftsurlaub beteiligen wollte, nicht gefolgert werden, dass seine Äusserungen inhaltlich nicht der Wirklichkeit entsprochen hatten. Zwar findet in politischen Stellungnahmen nicht selten eine gewisse Dramatisierung von Tatsachen statt. Gleichwohl ist nicht nachvollziehbar, wieso der Berufungskläger unter der Bezeichnung als "wahre Story" grundlos eine durch ihn veranlasste Kündigung erfunden haben sollte, welcher Vorgang wohl gemerkt zum Thema der damaligen Abstimmung noch nicht einmal einen direkten Zusammenhang aufweist und den Berufungskläger in ein zweifelhaftes Licht rückt. Entgegen seiner Ansicht kann sein Facebook-Post nicht als irrelevant abgetan werden. Hervorzuheben ist des Weiteren, dass der Berufungskläger in seinem Beitrag explizit angibt, er ziehe seine Einkommenseinbusse von den Alimenten ab. Diese Aussage ist in Zusammenschau mit weiteren Passagen seines Facebook-Beitrages zu sehen. Dort gesteht der Berufungskläger einerseits ein, dass er sein Einkommen aus seinem selbständigen Erwerb im Hinblick auf sein Scheidungsverfahren niedrig halte, nämlich nicht höher als Fr. 40'000.– pro Jahr. Andererseits führt er aus, dass es ihm nicht darum gehe, seinen Kindern den finanziellen Unterhalt vorzuenthalten, dies jedoch – so der Berufungskläger sinngemäss – nicht für die Mutter gelte, welche die Alimente "zur freien Verfügung" überwiesen bekomme und sich daraus unter anderem ein Ferienarrangement in der Südtürkei geleistet habe. Insgesamt genügt der Facebook-Eintrag nach dem reduzierten Beweismass der Glaubhaftmachung, um in tatsächlicher Hinsicht von einer Einkommensreduktion in Schädigungsabsicht auszugehen. Die vom Berufungskläger pauschal behaupteten Gründe für die Kündigung durch die J. _____ AG vermögen diese Einschätzung nicht zu entkräften. Seine erstmals im Berufungsverfahren geltend gemachte Schilderung, wonach er als Angestellter die Geschäftsleitung gegen sich gehabt habe und diese von ihm fakturierte Bestellungen jeweils widerrufen habe, überzeugt schon aus einer wirtschaftlichen Perspektive nicht und erscheint daher unglaubhaft; zudem ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Berufungskläger dies nicht bereits vor Vorinstanz vorbrachte, sollte es sich tatsächlich so zugetragen haben. Auf die Abnahme der hierzu im Berufungsverfahren offerierten Beweismittel – namentlich der persönlichen Befra-

- 38 - gung des Berufungsklägers, einer (schriftlichen) Auskunft bei der J. _____ AG und der Zeugeneinvernahme von Mitgliedern der Geschäftsleitung der J. _____ AG – kann in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden. Da das (behauptete) reduzierte Einkommen des Berufungsklägers durch eigenmächtiges und rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt wurde, gelingt es dem Berufungskläger nicht, hiermit einen Abänderungsgrund nachzuweisen. Auf dieses Einkommen ist infolgedessen weiterhin abzustellen. Zuzugleich der vorliegenden Einkommensreduktion in Schädigungsabsicht erübrigen sich Ausführungen zum tatsächlichen Einkommen des Berufungsklägers im Rahmen seiner selbständigen Tätigkeit. Ebenfalls unerheblich sind seine womöglich ungenügenden Suchbemühungen für eine neue Arbeitsstelle (act. 6 E IV./7.1.4 f.). Unbeanstandet blieb, dass die Vorinstanz dem Berufungskläger seinen letzten Verdienst von Fr. 6'480.– (netto) aus der Arbeitstätigkeit bei der J. _____ AG angerechnet hat (act. 6 E. IV./7.1.2). Dieser Betrag ist dem Berufungskläger monatlich als hypothetisches Einkommen anzurechnen. 3. Als Abänderungsgrund machte der Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren auch einen verringerten Bedarf der Berufungsbeklagten geltend.

Namentlich sei die Miete der Wohnung mittlerweile um rund Fr. 200.– gesunken und es fielen ca. Fr. 600.– an Autokosten weg, weil keine Leasingraten mehr bezahlt werden müssten (Prot. VI S. 12). Diese Veränderungen – welche die Vorinstanz für gegeben erachtete (vgl. act. 7/3 S. 24 und 26 i.V.m. act. 6 E. IV./8.2.1 Ziff. 2 und 8) – sind angesichts der knappen finanziellen Verhältnisse als erheblich zu taxieren. Sie sind zudem dauerhaft. Entgegen der Kindervertreterin (vgl. act. 18 Rz. 2.3) nahm die Vorinstanz zu Recht eine Aktualisierung aller Berechnungsparameter vor, mit Ausnahme des (hypothetischen) Einkommens des Berufungsklägers. Somit ist dem Eventualantrag der Kindervertreterin auf Abweisung des Änderungsbegehrens – für welchen sie hinsichtlich der ehelichen Unterhaltsbeiträge keine Antragsbefugnis hat – kein Erfolg beschieden. 4.

- 39 -

E. 2.5

Die Vorinstanz hielt dem Berufungskläger eine mangelnde Kooperationsbereitschaft vor. Nicht nur habe er nicht mit dem Gerichtsgutachter zusammenarbeiten wollen, sondern es habe sich seine ablehnende, teils abschätzige Haltung auch auf weitere involvierte Personen, namentlich die Verantwortlichen der Schule F._____ und der KESB Bezirk Pfäffikon erstreckt. Verschiedentlich habe er mitgeteilt, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen an Terminen der Schulbehörden oder der KESB teilzunehmen, wie sich aus mehreren E-Mails ergebe (vgl. act. 7/250/4; act. 7/231/3; act. 7/250/2; act. 7/254 S. 2). Der Berufungskläger

- 21 - habe Zivil- und Strafprozesse angedroht, falls jemand seine Meinung nicht teile bzw. sich nicht nach seinen Anweisungen verhalte. So habe er den verantwortlichen Personen einen Strafprozess in Aussicht gestellt, falls sein Sohn D._____ auf COVID-19 getestet werde. Der Berufungskläger grenze sich mit seinem Verhalten selber aus und es sei mit ihm offensichtlich keine Zusammenarbeit möglich (act. 6 E. IV./3.2 i.V.m. E. III./2.7). Der Berufungskläger rügt, die Vorinstanz werfe ihm unzutreffend und unsubstantiiert eine mangelnde Kooperationsfähigkeit vor. Die von der Vorinstanz aufgeführten E-Mails würden eine solche nicht belegen und es seien die jeweiligen Umstände ausgeblendet worden. Betreffend zwei der angeführten E-Mails (vgl. act. 250/2 und act. 250/4) habe er sich überdies vorinstanzlich nicht äussern können, da ihm diese Beilagen während einer angezeigten Ferienabwesenheit seiner Rechtsvertreterin zugestellt worden seien, was eine Gehörsverletzung darstelle (act. 2 Rz. 31). Ob vorinstanzlich eine Gehörsverletzung begangen wurde, kann dahingestellt bleiben. Denn eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. statt vieler: BGE 137 I 195 E. 2.3.2 m.w.H.). Die Voraussetzungen für eine Heilung der Gehörsverletzung sind, da die Berufungsinstanz den Massnahmenentscheid mit voller Kognition (vgl. vorstehende E. II./4) überprüft, gegeben. Betroffen sind nur zwei Beilagen, welche für die

zu entscheidende Fra- ge von untergeordneter Wichtigkeit sind. Zudem besteht ein überwiegendes Inte- resse beider Parteien und ihres Sohnes C._____ an einer zeitnahen vorsorglichen

- 22 - Regelung der Obhut. Von einer Rückweisung an die Vorinstanz ist daher so oder anders abzusehen, da diese einen formalistischen Leerlauf darstellen würde. Die E-Mails sind stattdessen im Berufungsverfahren zu berücksichtigen. In den von der Vorinstanz genannten E-Mails äussert der Berufungskläger seinen Unmut gegenüber verschiedenen Stellen, so namentlich der Beiständin, dem Schulpsychologen und dem Präsidenten der KESB Bezirk Pfäffikon. Die konkre- ten Umstände, unter denen diese Nachrichten verschickt wurden, sind, wie der Berufungskläger richtig ausführt, nicht aktenkundig. Gleichwohl lässt sich aus ihnen ablesen, dass der Berufungskläger sich eines ausgeprägt konfrontativen Kommunikationsstils bedient und vor regelmässigen Drohungen mit Strafanzeigen nicht zurückschreckt. Auch wenn daraus nicht unbedingt abzuleiten ist, dass ihm jegliche Kooperationsfähigkeit abgeht, scheint eine konstruktive Zusammenarbeit mit dem Berufungskläger, welcher die Notwendigkeit der seinen Sohn betreffen- den Massnahmen denn auch ganz generell in Abrede stellt (vgl. statt vieler: act. 2 Rz. 42), doch mit erheblichen Herausforderungen verbunden zu sein. Es ist daher zumindest von einer Einschränkung der Kooperationsfähigkeit des Berufungsklä- gers mit den für C._____ zuständigen Fachpersonen und Behörden auszugehen.

E. 2.6

Die Vorinstanz erklärt sich dies mit dem Umstand, dass der Berufungsklä- ger sich allem Anschein nach als Opfer eines "Systems" sehe. Er suche die Feh- ler stets bei anderen. So glaube er, der Familienbegleiter habe die Zukunft seines Sohnes C._____ "verbockt". Die Zusammenarbeit mit verschiedenen Institutionen sei reine Abzocke, welche dazu diene, die Umsätze der sozialen Berufe zu erhö- hen. Er bezeichne diese denn auch als "soziale Mafia" oder – den Jugendcoach – als "sozialistischen und kommunistischen Keil". Zwar möge es sein, dass in ge- wissen Fällen dem Gemeinwesen immense Kosten anfielen. Die Überlegungen des Berufungskläger seien daher bis zu einem gewissen Grad nachvollziehbar. Mit mafiösen Machenschaften habe dies nichts zu tun. Es sei zu bedauern, dass der Berufungskläger nicht einsehe, dass Familienbegleitungen in der Regel posi- tive Wirkungen hätten (act. 6 E. IV./3.2 i.V.m. E. III./2.8). Laut dem Berufungskläger handelt es sich hierbei um allgemeine Ausführungen, welche sich nicht mit den konkreten Umständen auseinandersetzen würden

- 23 - (act. 2 Rz. 32). Damit bestreitet er sein von der Vorinstanz erwähntes Verhalten bzw. seine Äusserungen als solche nicht. Obschon die Vorinstanz diesbezüglich in der Tat eher allgemeine Ausführungen macht, sind sie vor dem Hintergrund der Thematik der Kooperationsfähigkeit des Berufungsklägers gleichwohl schlüssig und hilfreich. Sie leisten einen Beitrag dazu, das konfrontative Verhalten des Be- rufungsklägers besser einordnen zu können. Soweit der Berufungskläger den früheren Familienbegleiter und den zukünftigen Jugendcoach für C._____ dahingehend kritisiert, diese Fachpersonen dienten da- zu, den Vater zu ersetzen, dieser werde unzureichend in Kinderbelange miteinbe- zogen und jene erzeugten eine Entfremdung, ist darauf mangels Bezug zum an- gefochtenen Entscheid nicht einzugehen (vgl. act. 2 Rz. 33). Selbiges gilt auf die Beanstandungen betreffend die Amtsführung des aktuellen Beistandes K._____, der früheren Beiständin und der KESB Bezirk Pfäffikon (act. 2 Rz. 34 f.). All dies stellt nicht Gegenstand des heutigen Verfahrens dar.

E. 2.7

Die Vorinstanz erwog des Weiteren, dass sich die Einstellung des Berufungsklägers in Bezug auf medizinische Massnahmen negativ auf das Kindeswohl auswirken könne. Die Vorinstanz hält dem Berufungskläger in diesem Zusammenhang vor, sich einer Testung der Söhne auf COVID-19 abstrakt widersetzt zu haben. Auch habe er bereits blosser Abklärungen in Bezug auf eine allfällige Dyskalkulie bei D._____ obstruiert, so dass keine Therapie oder ein Lerntraining hätten durchgeführt werden können. Entgegen der Meinung des Berufungsklägers, wonach die Schwerhörigkeit von D._____ hochstilisiert sei, habe sich der Übertritt in den H._____ als richtig erwiesen, fühle sich der Sohn dort gut aufgehoben und profitiere deutlich mehr vom Unterricht, was zu einer Verbesserung seiner psychischen Stabilität und seiner Selbstsicherheit führen könne (act. 6 E. IV./3.2 i.V.m. E. III./2.9). Dem hält der Berufungskläger entgegen, eine negative Auswirkung seiner Einstellung zu medizinischen Massnahmen im Zusammenhang mit COVID-19 habe die Vorinstanz nicht festgestellt. Ferner bedeute die Empfehlung der Beistandin für eine Dyskalkulie-Abklärung betreffend D._____ noch nicht, dass eine solche Abklärung notwendig sei und der Berufungskläger seine Verantwortung nicht wahr-

- 24 - nehme, wenn er sie ablehne. Zu beiden Sachverhalten sei er nicht von der Vorinstanz angehört worden, was eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs darstelle (act. 2 Rz. 40 f.). Der Einschätzung der Vorinstanz ist zu folgen. Es ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar, wieso der Berufungskläger die Durchführung von blossen COVID-19-Tests, welche keine Nebenwirkungen nach sich ziehen, untersagt hat. Mit dieser Verweigerung hätte er im hypothetischen Fall einer Erkrankung seiner Söhne eine zuverlässige Diagnosestellung erschwert. Es ist durchaus denkbar, dass diese negativen Auswirkungen auf eine allfällige Behandlung hätte haben können. Das Kindeswohl umfasst auch solche abstrakten Gefährdungslagen. Der Vorwurf, die Vorinstanz habe keine konkreten schädlichen Auswirkungen festgestellt, zielt somit ins Leere. Nicht überzeugend ist sodann das Vorbringen, es sei nicht gesagt, dass eine Abklärung von D._____ auf eine Rechenstörung notwendig gewesen sei. Derartige Abklärungen werden empfohlen, wenn Anzeichen für eine Dyskalkulie bestehen. Sie dienen dazu, herauszufinden, ob schulische Massnahmen notwendig sind, um dem allfällig bestehenden Defizit im Unterricht Rechnung zu tragen. Eine solche Abklärung ist mithin voll und ganz im Interesse des Kindes. Die Verweigerung des Berufungsklägers lief daher dem Kindeswohl entgegen. Zu den von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang gewürdigten Urkunden (act. 231/7, act. 237/2; act. 231/8; act. 237/1) konnte der Berufungskläger sich im vorinstanzlichen Verfahren äussern bzw. reichte sie selber ein (vgl. act. 236). Einer persönlichen Anhörung zu diesen Themenbereichen bedurfte es nicht. Es ist daher keine Gehörsverletzung zu erkennen.

E. 2.8

Die Vorinstanz verwies ferner auf die Einschätzung des Gutachters, welcher eine ausgeprägte emotionale Bedürftigkeit der Kinder festgestellt habe. Diese seien in ihrer emotionalen und sozialen Entwicklung retardiert und könnten sich unter Gleichaltrigen nur schwer behaupten. Der Berufungskläger verleugne die Bedürfnisse der Kinder oder sehe sie durch die Berufungsbeklagte oder aber die Helfer verursacht. Tatsächlich seien die Kinder auf Hilfe von Aussenstehenden angewiesen, was die zahlreichen Gefährdungsmeldungen gezeigt hätten. Sie litten unter den massiven Uneinigkeiten zwischen den Eltern. Die Eignung des

- 25 - Berufungsklägers zur Kindererziehung sei gemäss dem Gutachten stark eingeschränkt. Aus seinen Wahrnehmungsverzerrungen resultiere ein inadäquates Erziehungsverhalten, welches die Kinder zunehmend belaste und sie in ihrer Entwicklung hemme. Sein Verhalten erschwere die Entwicklung der Kinder massiv (act. 6 E. IV./3.2 i.V.m. E. III./2.10). Der Berufungskläger stellt berufungshalber in Abrede, dass die Kinder der Hilfe Aussenstehender bedürfen. Im Wesentlichen hält er sich selber im Stande, die Situation von C._____ zum Besseren zu wenden und ihn zur Selbstbestimmtheit zu erziehen. Er bietet an, dass C._____ im väterlichen Betrieb eine Lehre machen könnte (act. 2 Rz. 42). Die Vorstellungen des Berufungsklägers sind über weite Strecken spekulativ. Es ist völlig ungewiss, wie sich die persönliche, schulische oder dereinst berufliche Situation von C._____ verändern würde, falls er unter die Obhut des Berufungsklägers gestellt würde. Stark anzuzweifeln ist, dass er seine akuten emotionalen Probleme ohne jegliche externe Hilfe überwinden könnte. Ins Auge sticht nämlich, dass der Berufungskläger die konfliktbehaftete Familiensituation, insbesondere das zerrüttete Verhältnis zwischen ihm und der Berufungsbeklagten, und den damit für C._____ einhergehenden Loyalitätskonflikt beflissentlich ausblendet. Beide Eltern sind, dies zeigt sich aus den Akten, nicht in der Lage, C._____ bei der Auflösung dieses Konflikts alleine wirkungsvoll zu unterstützen. Auf eine Unterstützung durch Drittpersonen kann im aktuellen Zeitpunkt nicht verzichtet werden. Im Übrigen kann auf die untenstehenden Ausführungen (E. III./2.14) verwiesen werden.

E. 2.9

Vorrangige Bedeutung mass die Vorinstanz der Meinung, den Wünschen und den Bedürfnissen des Kindes bei der Obhutszuteilung zu. Dies gelte umso mehr, als C._____ am tt.mm. 2021 16-jährig werde (bzw. geworden ist) und in Bezug auf die Obhutszuteilung urteilsfähig sei. Je älter ein Kind sei, umso mehr komme es auf seine Meinung als zentrales Zuteilungskriterium an. C._____ habe anlässlich seiner Anhörung vom 7. Juli 2021 unmissverständlich gesagt, dass die heutige Wohnsituation für ihn stimme. Er fände es gut, seinen Vater alle zwei Wochen sehen zu können. Diese Aussage habe er aus freien Stücken und ohne Be-

- 26 - einflussung gemacht. Die Kindervertreterin sei bei der Anhörung zwar auf Wunsch von C._____ anwesend gewesen, habe sich aber passiv verhalten. Bereits in einer früheren Anhörung vom 17. Mai 2017 habe sich C._____ in gleicher Weise geäussert. Ein Obhutswechsel wäre zudem mit einem Wechsel der Schule und des Kollegenkreises verbunden. Dies mache rund ein Jahr vor Schulabschluss wenig Sinn (act. 6 E. III./3.3). Der Berufungskläger bemängelt die unübliche Anwesenheit der Kindervertreterin bei der Anhörung von C._____. Es sei zu bezweifeln, dass diese auf den Wunsch des Sohnes zurückgehe. Ebenfalls sei es nicht üblich, dass der Kindervertreterin, wie hier geschehen, das Protokoll der Anhörung zur Korrektur zugestellt werde. Die im Rahmen der Anhörung gemachten Aussagen seien weit von der Realität entfernt. Er, der Berufungskläger, und alle sozialen Institutionen (insb. die KESB) sähen eine Kindeswohlgefährdung und dringenden Handlungsbedarf. Dem Wunsch des Kindes komme keine vorrangige Bedeutung zu. Entscheidend sei das objektive Kindeswohl (act. 2 Rz. 45 f.). Die Kindervertretung erwidert unter Verweis auf prozessuale Partizipationsrechte von Kindern gemäss der UNO-Kinderrechtskonvention, die Anwesenheit der Rechtsvertretung des Kindes diene der Wahrung seiner Rechte und sei daher zulässig. Sie ermögliche die freie Willensäusserung in der für das Kind ungewohnten Umgebung (act. 18 Rz. 1.10 f.). Hierzu ist zunächst

festzuhalten, dass C._____ mit seinen damals 15 Jahren betreffend die Frage, unter wessen Obhut er gestellt sein möchte, nach der zitierten Bundesgerichtspraxis zweifelsohne urteilsfähig war. Daran ändern gewisse Entwicklungsrückstände nichts. Er war in der Lage, die Bedeutung und Tragweite des Obhutsentscheides zu erfassen, sich seine eigene Meinung zu bilden und seine Wünsche gegenüber dem Gericht zu äussern. Auch wenn sein Wille freilich keinesfalls alleine ausschlaggebend ist, muss ihm doch besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden. Die Lehre ist uneins zur Frage, ob ein Beisein der Kindervertretung anlässlich einer Kinderanhörung zulässig ist. Überwiegend spricht sie sich mittlerweile für eine

- 27 - Begleitung durch die Kindervertretung aus, sofern dies dem Wunsch des Kindes entspricht (SCHWEIGHAUSER, FamKomm, 3. Aufl., Bern 2017, Art. 298 ZPO N 23; BSK ZPO-MICHEL/STECK, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 298 N 46; CHK-SUTTER-SOMM, Zürich 2021, Art. 298 N 9). Andere Lehrmeinungen sind generell ablehnend (BK ZPO-SPYCHER, Bern 2012, Art. 298 N 16) oder wollen eine Begleitung nur in begründeten Einzelfällen zulassen (KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 298 N 9; PRADERVAND-KERNEN, FamPra.ch 2016 S. 339 ff., 351; COTTIER, FamKomm, Bern 2013, Art. 314a ZGB N 17). Anders als teilweise postuliert wird, lässt sich die Frage nicht schon aus dem Wortlaut von Art. 298 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ZPO beantworten. Ausschlaggebend ist vielmehr eine Interessenabwägung. Auf der einen Seite steht das Interesse an einer möglichst unbeeinflussten Anhörungssituation, welche eine direkte Ergründung des Standpunktes des Kindes ermöglicht. Auf der anderen Seite ist das Interesse des Kindes an einem seinen Bedürfnissen Rechnung tragenden Ablauf der Anhörung und der Wahrung seiner Verfahrensrechte zu wahren. Das Kind in Eheschutz- und Scheidungsverfahren ist zwar nicht eigentliche Prozesspartei, ihm kommt indes eine prozessuale Stellung eigener Art zu (BGE 142 III 153 E. 5.2.2, m.w.H.; zustimmend LÖTSCHER in: Jungo/Fountoulakis [Hrsg.], Der Familienprozess, Zürich 2020, S. 104 ff., 108; weitergehend DIGGELMANN, Das Kind ist rot zu schreiben, FS Meier, Zürich 2015, S. 103 ff., 109). Anlässlich der Kinderanhörung lassen sich diese Interessen in Einklang bringen, wenn sichergestellt wird, dass die Anwesenheit der Kindervertretung vom Kind erwünscht ist und sich diese bei der Anhörung strikt passiv verhält. Das Gericht ist ohne Weiteres in der Lage, hierüber zu wachen und Unregelmässigkeiten festzustellen. In diesem Rahmen ist eine Begleitung des Kindes an einer Kinderanhörung durch die Kindervertreterin zulässig. Dass diese Grundsätze vorliegend nicht respektiert wurden und eine Beeinflussung durch die Kindervertreterin stattgefunden hat, ist nicht auszumachen. Zunächst ist im Alter von C._____ ohnehin von keiner ausgeprägten altersbedingten Suggestibilität mehr auszugehen. Auch der Ablauf der Anhörung spricht dagegen. C._____ gab nämlich zunächst nur widerwillig Auskunft, was sich erst im Verlaufe des Gesprächs änderte (vgl. Prot. VI S. 121). Hätte er, was der Berufungskläger

- 28 - suggeriert (vgl. act. 21 Rz. 13), lediglich den Standpunkt der Kindervertreterin wiedergegeben, so bliebe das zunächst zögerliche Verhalten unerklärlich. Der Berufungskläger kritisiert allerdings nicht ohne Grund, dass die Vorinstanz der Kindervertreterin das Anhörungsprotokoll vorab mit E-Mail vom 8. Juli 2021 (act. 246) zur Durchsicht hat zukommen lassen. Führt das Gericht eine Kinderanhörung durch, so trägt es auch die Verantwortung für deren (beschränkte) Protokollierung nach Massgabe von Art. 298 Abs. 2 ZPO. Eine vorherige Durchsicht des Protokolls durch die Kindervertreterin käme nur dann in Frage, falls diese dafür Sorge zu tragen hätte, dass auf Wunsch des

Kindes gewisse Teile der Anhörung den Eltern gegenüber nicht offengelegt werden. Dies war vorliegend aber, soweit ersichtlich, nicht der Fall. Da die Kindervertreterin dem Gericht gar keine Änderungswünsche mitgeteilt hat (vgl. act. 7/246), vermag der Berufungskläger aus dem an sich unzulässigen Vorgehen der Vorinstanz allerdings nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Dementsprechend kann uneingeschränkt auf die von C._____ in seiner Kinderanhörung gemachten Aussagen abgestellt werden. Er führte ausdrücklich aus, dass die jetzige Wohnsituation für ihn stimme und er auch das Besuchsrecht, wie es aktuell bestehe, nämlich ein Wochenendbesuchsrecht alle zwei Wochen, so beibehalten wolle.

E. 2.10

Die Vorinstanz erwog des Weiteren, dass C._____ seit der Trennung der Eltern stets bei der Berufungsbeklagten gelebt habe. Sie sei gemäss dem Gutachten eher in der Lage, die Bedürfnisse der Kinder zu erfassen und sie fördere die Kontakte zum Berufungskläger. In der Betreuung der Kinder sei sie verlässlich, aufmerksam und liebevoll. Die Unterstützung durch beigezogene Fachpersonen (Familienbegleiter, Jugendcoach) könne sie im Gegensatz zum Berufungskläger annehmen und gut mit diesen Personen zusammenarbeiten. Dergestalt sei sie in der Lage, C._____ im täglichen Leben zu betreuen, was sie in der Vergangenheit auch bewiesen habe. Sie verfüge zudem über die nötige Autorität gegenüber C._____ (act. 6 E. III./3.4).

- 29 - Die Haltung des Sohnes gegenüber dem Berufungskläger sei demgegenüber zwiespältig. Zwar könne Letzterer eine bessere Unterstützung in schulischen Belangen bieten als die Berufungsbeklagte. Diese werde aber durch die Schule unterstützt. Der Berufungskläger könne C._____ im Rahmen seiner Besuche ergänzend unterstützen, was er offensichtlich auch tue, auch wenn er die Söhne bei gewissen Besuchstagen unbestrittenermassen sich selbst überlassen habe und stattdessen auf eine Velotour oder einen Dorfanlass gegangen sei. Jedenfalls könne C._____ auch ohne die Unterstützung seines Vaters gute Leistungen erbringen. C._____ habe sich beim Gutachter abschätzig gegenüber dem Berufungskläger ausgedrückt. Dessen Aussagen könne er nicht nachvollziehen und er habe sich von ihm distanziert. Vom Streit zwischen den Eltern wolle er vom Berufungskläger nichts mehr hören. Zudem wirft die Vorinstanz dem Berufungskläger vor, er habe für die Anhörung von C._____ einen Fragenkatalog gestellt, welcher einem Polizeiverhör gleiche und die fehlende Empathie des Berufungsklägers seinem Sohn gegenüber zeige. Schliesslich sei davon auszugehen, dass eine Zusammenarbeit mit den Personen, welche C._____ unterstützten, im täglichen Leben kaum möglich sein dürfte (act. 6 E. III./3.5). Hiermit setzt sich der Berufungskläger berufungshalber nur bruchstückhaft auseinander. Er hält im Wesentlichen dafür, der Status Quo sei nicht im Interesse von C._____, was jener aufgrund seines Entwicklungsstandes aber kaum einschätzen könne. Es liege im Interesse seines Sohnes, ein eigenständiges, nicht vom Staat abhängiges Leben zu führen. Von untergeordneter Bedeutung sei, dass mit der Obhutsumteilung ein Schulwechsel einher gehe (act. 2 Rz. 47). Die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dass der Berufungskläger seine Söhne bei den von ihr erwähnten Gelegenheiten sich selbst überlassen habe. Zu den dieser Tatsachenfeststellung zugrundeliegenden Noven, welche fälschlicherweise für unbestritten erachtet würden, habe er sich vorinstanzliche nicht äussern können, da ihm die entsprechende Eingabe der Berufungsbeklagten (act. 7/249) wiederum während der angezeigten Ferienabwesenheit seiner Rechtsvertreterin zugestellt worden sei (act. 2 Rz. 48).

- 30 - Die Vorinstanz spricht mit ihren Ausführungen das Kriterium der Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse an. C._____ wohnt seit der Trennung der Eltern im September 2011 an der gleichen Wohnadresse bei der Berufungsbeklagten. Dort ist er verwurzelt und hat seinen Freundeskreis (vgl. Prot. VI S. 23). Aktuell besucht er das letzte Schuljahr der Sekundarstufe C an der Schule F._____ ZH, wo er sich grundsätzlich wohl fühlt (vgl. Prot. VI. S. 121). Eine Umteilung der Obhut würde angesichts der Distanz zwischen den Wohnorten der Eltern notwendigerweise einen Schulwechsel nach sich ziehen. C._____ befindet sich aktuell im letzten obligatorischen Schuljahr und wurde auf Beginn des 2. Semesters des Schuljahres 2020/21 in die Sekundarstufe C heruntergestuft (vgl. act. 231/1–2). Teils konnte C._____ wohl im letzten Jahr schulische Erfolge verbuchen, so namentlich ein gelungenes Referat zu einem Buch im Deutschunterricht (vgl. act. 250/1). Klar scheint, dass von einem Obhutswechsel und dem damit verbundenen Schulwechsel keine Verbesserung der schulischen Leistungen zu erwarten wäre, selbst wenn der Berufungskläger – wie er beteuert (act. 2 Rz. 26) – seinen Sohn für den Rest der obligatorischen Schulzeit intensiv schulisch unterstützen würde. Im Gegenteil: ein Übertritt in eine neue Schule stellt Jugendliche notorisch vor erhebliche Herausforderungen, bedarf ein solcher doch eines immensen Integrationsaufwandes. Anders als der Berufungskläger meint (act. 21 Rz. 16), spielt die verbleibende obligatorische Schulzeit bei der Entscheidung über die Obhut eine Rolle, sind in ihr doch wichtige Weichen für die nähere schulische oder berufliche Zukunft zu stellen. All dies gilt umso mehr für ein psychisch belastetes Kind, wie es C._____ zur Zeit ist. Ein Obhutswechsel verspricht auch in diesem Zusammenhang keine Verbesserung, sondern würde vielmehr eine zusätzliche Belastung bedeuten. Nicht zuletzt würden damit die bestehenden und geplanten Massnahmen zum Schutz von C._____ konterkariert. Zu erwähnen ist insbesondere die vom schulpсихologischen Dienst des Bezirks Pfäffikon ZH am 6. Januar 2022 vorgeschlagene Psychotherapie (vgl. act. 15/1). Ausserdem ist mit der Vorinstanz auf den vom Berufungskläger eingereichten Fragenkatalog für die Anhörung von C._____ hinzuweisen (act. 7/245). Die von der Vorinstanz hergestellte Analogie zu einem "Polizeiverhör" ist keineswegs aus der Luft gegriffen. Auch wenn der Katalog für Prozesszwecke zusammengestellt wurde und auch bloss

- 31 - eine Momentaufnahme darstellen mag, wecken die darin vorgeschlagenen Fragen doch einige Zweifel, ob der Berufungskläger in der Lage wäre, den Problemen seines Sohn in seiner aktuellen Lebenssituation adäquat zu begegnen, sofern ihm die Obhut zugeteilt würde. Besonders stossend erscheinen ein Hinweis an seinen Sohn, er unterstehe dem Jugendstrafrecht und müsse sich vor dem Staatsanwalt verantworten, wenn er einen "Seich" mache sowie jene Fragen, welche tendenziell darauf abzielen, die den Sohn unterstützenden Hilfspersonen (Beistand, Jugendcoach und Therapeut) zu diskreditieren. Es ist ohne Weiteres zu erkennen, dass das Schüren eines weiteren Konfliktes zwischen dem Sohn und den involvierten Fachpersonen – neben dem bereits bestehenden Elternkonflikt – C._____ weiter verunsichern würde. Mit Verweis auf Vorstehendes (act. III./2.5) wäre die vom Berufungskläger beanstandete Gehörsverletzung, so sie denn vorläge, im Berufungsverfahren geheilt. Am Obhutsentscheid ändert sich auch ohne Berücksichtigung des entsprechenden, als strittig zu geltenden Sachverhaltselements nichts.

E. 2.11

Zusammenfassend ist die Erziehungsfähigkeit der Berufungsbeklagten grundsätzlich zu bejahen, jene des Berufungsklägers muss nicht abschliessend beurteilt werden. Es sind

allerdings zumindest Zweifel an der uneingeschränkten Eignung des Berufungsklägers zur Kindererziehung aufgrund der obenstehend erläuterten Defizite angebracht. Entscheidend sind allerdings die weiteren gewürdigten Kriterien, nämlich der Kindeswille und die Stabilität der familiären und örtlichen Verhältnisse, welche klar gegen eine Umteilung der Obhut für C._____ für die Dauer des Scheidungsverfahrens sprechen. Der Obhutsentscheid der Vorinstanz ist daher zu schützen.

E. 2.12

Auch wenn eine Obhutsumteilung nicht vorzunehmen ist, bleibt eindringlich darauf hinzuweisen, dass der Berufungskläger nichtsdestotrotz im Leben von C._____ weiterhin eine zentrale Rolle zu spielen hat. Es liegt am Berufungskläger, seinen Sohn auch inskünftig in persönlicher, schulischer und in beruflicher Hinsicht nach Kräften und in einer angemessenen Art und Weise zu unterstützen. Dies ist – wie die Praxis zeigt – auch innerhalb eines regelmässig ausgeübten Besuchsrechts möglich. Die Initiative für die Durchführung dieser Besuche liegt,

- 32 - anders als der Berufungskläger wiederholt im vorinstanzlichen Verfahren ausgeführt hat, massgeblich bei ihm. Es wäre bedauerlich, wenn der vorliegende Obhutsentscheid zu einem weiteren Kontaktabbruch zwischen dem Berufungskläger und seinem Sohn führen würde. Die Wichtigkeit der Vater-Sohn-Beziehung wird auch nicht durch eine Mitwirkung von Drittpersonen, beispielsweise eines Jugendcoachs, geschmälert. Es handelt sich dabei um ergänzende Hilfeleistungen. Der Berufungskläger täte gut daran, die Dritthilfe als solche zu erkennen und zu akzeptieren. Dieser Schritt könnte inskünftig einen verstärkten und insbesondere konstruktiven Einbezug in die Unterstützungsmassnahmen ermöglichen. Es liegt zudem auf der Hand, dass C._____ durch eine insgesamt gefestigtere Situation, in welcher die Themen Obhut und Besuchsrecht nicht ständig zur Disposition gestellt werden, erheblich entlastet würde. Eine diesbezügliche Stabilisierung dürfte nicht zuletzt positive Auswirkungen auf seine aktuelle depressive Stimmungslage haben. Dieser Zusammenhang wird auch im vom Berufungskläger eingelegten Bericht des schulpsychologischen Diensts des Bezirks Pfäffikon vom 6. Januar 2022 hergestellt (vgl. act. 15/1). Zudem würde mehr Stabilität C._____ ermöglichen, seinen Fokus auf seine aktuell dringenden schulischen und beruflichen Belange zu richten – Themenfelder, die dem Berufungskläger, dies ergibt sich unzweideutig aus den Akten, berechtigterweise ebenfalls sehr am Herzen liegen.

E. 2.13

Schliesslich ist auf die vom Berufungskläger erhobenen prozessualen Rügen im Zusammenhang mit der Obhuthematik einzugehen. Dieser wirft der Vorinstanz vor, sie habe entgegen der gesetzlichen Vorschriften weder eine Verhandlung noch eine persönliche Anhörung der Eltern durchgeführt, bevor sie eine Entscheidung über wesentliche Kinderbelange gefällt habe. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz auf die von ihm offerierte Anhörung in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet habe. Diese sei zwingend. Das rechtliche Gehör des Klägers sei hierdurch verletzt worden (act. 2 Rz. 4). Die Vorinstanz habe überdies ihre Untersuchungspflicht verletzt, indem sie die Akten des Verfahrens der KESB Bezirk Pfäffikon nicht beigezogen habe (act. 2 Rz. 6).

E. 2.14

Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 273 Abs. 1 ZPO sieht im Massnahmenverfahren grundsätzlich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor. Zweck der

- 33 - mündlichen Verhandlung ist primär, zwischen den Parteien eine Einigung herbeizuführen (DIKE-Komm-ZPO- PFÄNDER BAUMANN, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 273 N 1). Daneben kann die Aufklärungs- und Fragepflicht durch die Richterin optimal ausgeübt werden und bietet der direkte Kontakt den Vorteil, einen persönlichen Eindruck von den Parteien zu erhalten (vgl. SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 273 N 4). Ein Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist nur ausnahmsweise zulässig, wobei das Gesetz ihn namentlich zulässt, falls ein unbestrittener oder aufgrund der Eingaben der Parteien klarer Sachverhalt vorliegt. Des Weiteren schreibt Art. 297 Abs. 1 ZPO die persönliche Anhörung der Eltern vor, soweit es um Kinderbelange geht. Die Anhörung der Eltern ist Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV (PFÄNDER BAUMANN, a.a.O., Art. 297 N 3). Die Parteien stehen sich bereits seit mehreren Jahren im vorinstanzlichen Scheidungsverfahren gegenüber. Die Vorinstanz konnte sich von den Parteien mehrfach einen persönlichen Eindruck machen. Anlässlich zweier der drei bisherigen Massnahmenverhandlungen wurden die Eltern zu den Kinderbelangen angehört (vgl. Prot. Vi. S. 38 ff. und S. 87 ff.). Der Berufungskläger liess sich zudem im Zusammenhang mit vormaligen Massnahmesuchen betreffend Obhut persönlich mündlich verlauten (Prot. Vi S. 29 i.V.m. act. 41). Schliesslich liegen Stellungnahmen zum streitgegenständlichen Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vor (act. 7/242, act. 7/249 und act. 7/257). Unter diesen Umständen hätte eine weitere Verhandlung bzw. eine weitere Anhörung der Eltern keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn für den Obhutsentscheid versprochen. Damit wurde der Sachverhalt im Interesse des Kindeswohls ausreichend abgeklärt und das rechtliche Gehör der Eltern hinreichend gewahrt. Von entscheidender Bedeutung war die Anhörung von C.____, welche pflichtgemäss durchgeführt wurde. Gerechtfertigt wird das Vorgehen der Vorinstanz überdies durch die Dringlichkeit des Massnahmenverfahrens. Beachtlich ist ferner der fehlende Spielraum für eine gütliche Einigung. Eine Obhutsumteilung an den Berufungsbeklagten wäre auch im (hypothetischen) Fall eines gemeinsamen Antrages der Eltern und der Kindervertretung nach dem Ge-

- 34 - sagten nicht genehmigungsfähig gewesen. Die Vorinstanz hätte den Parteien somit allein jene Regelung, welche sie schlussendlich mit dem angefochtenen Entscheid angeordnet hat, für einen Vergleich nahelegen können. Auch wenn eine gütliche Einigung in familienrechtlichen Verfahren aus Gründen der Akzeptanz stets vorzuziehen ist, liegt diese Konstellation ausserhalb der ratio legis des Verhandlungsobligatoriums.

E. 2.15

Hinsichtlich der angeblichen Verletzung der Untersuchungspflicht seitens der Vorinstanz ist dem Berufungskläger entgegen zu halten, dass das Gericht auf die Abnahme von Beweisen verzichten kann, wenn es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, seine Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert. Auch die Tatsache, dass ein Verfahren der Untersuchungsmaxime unterliegt, steht einer antizipierten Beweiswürdigung nicht entgegen (BGer, 5A_306/2013 vom 15. Juli 2013, E. 2.2). Der Berufungskläger nennt nicht konkret, welche entscheiderelevanten Schlussfolgerungen die Vorinstanz aus welchen Akten des KESB-Verfahrens hätte ziehen sollen. Damit kommt er seiner Begründungslast im Berufungsverfahren nicht nach. Gleichermassen ist nicht erkenntlich, inwiefern Augenscheine bei den Eltern für den Obhutsentscheid entscheidende Anhaltspunkte ergeben hätten. Wie bereits erwähnt, bestand kein begründeter Anlass, an der

grundsätzlichen Erziehungs-fähigkeit der Berufungsbeklagten zu zweifeln. Eine abschliessende Abklä-rung der Erziehungsfähigkeit des Berufungsklägers war für den Obhutsentscheid nicht notwendig. Eine antizipierte Beweiswürdigung war daher zulässig und die Vorinstanz durfte auf die Abnahme der beantragten Beweismittel verzichten. Selbiges gilt auch für die bei der Kammer beantragte Abnahme dieser Beweismittel. IV. Unterhaltsbeiträge 1. Vorsorglich zugesprochene Ehegatten- und Kinderunterhaltsbeiträge sind unter den Voraussetzungen von Art. 179 Abs. 1 und Art. 286 Abs. 2 ZGB einer Abänderung oder Aufhebung zugänglich. Dafür müssen sich die relevanten Ver-

- 35 - hältnisse seit dem entscheidungsmassgebenden Zeitpunkt wesentlich und dauer- haft verändert haben. Ist dies zu bejahen, so legt das Gericht den Unterhaltsbei- trag neu fest, nachdem es alle Berechnungsparameter aktualisiert hat (BGE 138 III 289 E. 11.1.1; BGE 137 III 604 E. 4.1.2 S; BGer, 5A_513/2014 vom 1. Oktober 2015, E. 5.1). Die vorzunehmende Unterhaltsberechnung hat sich an den im ab- zuändernden Eheschutz- oder Massnahmenentscheid vorgenommenen Wertun- gen zu orientieren (OGer ZH, LY200006 vom 16. Juli 2020, E. 2.4.3.2.; OGer ZH LY160007 vom 24. August 2016 E. 5.1; BGer, 5A_245/2013 vom 24. September 2013, E. 3.1 mit Verweis auf BGE 138 III 289 E. 11.1.1). Auf einen Abänderungsgrund kann sich eine Partei indessen nicht berufen, wenn sie die veränderte Sachlage durch eigenmächtiges und rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt hat (BGE 141 III 376 E. 3.3; BGE 141 III 376 E. 3.3.1; BGer, 5A_842/2015 vom 26. Mai 2016, E. 2.4.1; OGer ZH, LY190050 vom 26. Juni 2020, E. 3.2). 2.

E. 3

Die von den Parteien geschlossene Teilvereinbarung vom 27. August 2019 wird in Bezug auf die vorsorglichen Massnahmen genehmigt und vorgemerkt, Sie lautet wie folgt: "1. Betreuung Der Kläger ist berechtigt und verpflichtet, C._____ wie folgt auf ei- gene Kosten zu betreuen: – an jedem zweiten Wochenende von Freitag, 19.00 Uhr, bis Sonntag, 19:00 Uhr, beginnend am Wochenende vom Freitag, 6. September 2019; – jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr; – sowie in geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage, von Grün- donnerstag, 19:00 Uhr, bis Ostermontag, 19:00 Uhr, und in ungeraden Jahren über die ganzen Pfingstfeiertage, von Freitag vor Pfingsten, 19:00 Uhr, bis Pfingstmontag, 19:00 Uhr. Der Kläger ist berechtigt und verpflichtet, D._____ wie folgt auf ei- gene Kosten zu betreuen: – an jedem vierten Wochenende von Freitag, 19.00 Uhr, bis Sonntag, 19:00 Uhr, beginnend am Wochenende vom Freitag, 6. September 2019; – jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr; – sowie in geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage, von Grün- donnerstag, 19:00 Uhr, bis Ostermontag, 19:00 Uhr, und in ungeraden Jahren über die ganzen Pfingstfeiertage, von Freitag vor Pfingsten, 19:00 Uhr, bis Pfingstmontag, 19:00 Uhr. Ausserdem ist der Kläger berechtigt und verpflichtet, die Söhne für die Dauer von 4 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Kläger erklärt sich bereit, die Kinder jeweils bei der Beklagten abzuholen und wieder zurückzubringen. Der Parteien verpflichten sich, die Ferienbetreuung mindestens drei Monate vor dem geplanten Ferienbeginn der jeweils anderen Partei anzumelden und mit dieser abzusprechen. Können sich die Parteien nicht einigen, so kommt dem Kläger das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien in Jahren mit gerader Jahreszahl zu; in Jah- ren mit ungerader Jahreszahl der Beklagten. In der übrigen Zeit werden die Söhne durch die Beklagte betreut. Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten. 2. (...)."

E. 3.1

Die Entscheidungsbüher für das durchschnittlich aufwändige Berufungsverfahren ist nach § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

E. 3.2

Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren die Zuteilung der Obhut für C._____ und die vorsorglichen Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge. Es erweist sich als angemessen, den Streit um die Obhut und jenen um Unterhalts je hälftig zu gewichten.

E. 3.3

Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Das Gericht kann in gewissen Konstellationen von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, so zum Beispiel in familienrechtlichen Verfahren (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO).

- 52 -

E. 3.4

In Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO sind die Prozesskosten betreffend Obhut hälftig zu verlegen, woraus folgt, dass beide Parteien je ein Viertel der diesbezüglichen Prozesskosten zu tragen haben. Ausgehend von einer weiteren Dauer des Scheidungsverfahrens von einem Jahr unterliegt der Berufungskläger mit seinem Abänderungsbegehren betreffend seine Unterhaltsverpflichtungen zu rund 90 %. Dementsprechend sind ihm weitere 45 % der Prozesskosten aufzuerlegen, während die Berufungsbeklagte weitere 5 % der Prozesskosten zu tragen hat.

E. 3.5

Grundlagen der Festsetzung der Entschädigung für die Kosten einer anwaltlichen Vertretung für eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit bilden die Verantwortung, die Schwierigkeit des Falls und der notwendige Zeitaufwand (§ 5 Abs. 1 AnwGebVO). Vorliegend hielt sich die Verantwortung, die Schwierigkeit, und der Zeitaufwand für das Berufungsverfahren in einem durchschnittlichen Rahmen. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6, § 9 und §

E. 4

In Abänderung von Dispositiv Ziff. 7 und 8 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 2. Mai 2012 wird der Kläger verpflichtet, der Beklagten für

- 9 - die Kinder und für die Beklagte persönlich die folgenden Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen): 16. Januar bis Juni 2017: Unterhalt C._____: Fr. 273.– Unterhalt D._____: Fr. 170.– Unterhalt der Beklagten: Fr. 1'850.– (keine Modifikationen) Total: Fr. 2'293.– Juli bis Dezember 2017 Unterhalt C._____: Fr. 340.– Unterhalt D._____: Fr. 340.– Unterhalt der Beklagten: Fr. 1'613.– Total: Fr. 2'293.– Januar 2018 Unterhalt C._____: Fr. 499.– Unterhalt D._____: Fr. 340.– Unterhalt der Beklagten: Fr. 1'966.– Total: Fr. 2'805.– Februar bis Dez. 2018 Unterhalt C._____: Fr. 499.– Unterhalt D._____: Fr. 372.– Unterhalt der Beklagten: Fr. 1'934.– Total: Fr. 2'805.– Januar bis Sept. 2019 Unterhalt C._____: Fr. 372.– Unterhalt D._____: Fr. 610.– Unterhalt der Beklagten: Fr. 1'654.– Total: Fr. 2'636.– Okt. bis Dez. 2019 Unterhalt C._____: Fr. 375.– Unterhalt D._____: Fr. 610.– Unterhalt der Beklagten: Fr. 1'651.– Total: Fr. 2'636.– Januar bis Sept. 2020 Unterhalt C._____: Fr. 375.– Unterhalt

D._____: Fr. 516.– Unterhalt der Beklagten: Fr. 1'853.– Total: Fr. 2'744.– Okt. bis Dez. 2020 Unterhalt C._____: Fr. 498.– Unterhalt D._____: Fr. 516.– Unterhalt der Beklagten: Fr. 1'730.– Total: Fr. 2'636.– ab Januar 2021 Unterhalt C._____: Fr. 498.–

- 10 - Unterhalt D._____: Fr. 498.– Unterhalt der Beklagten: Fr. 1'427.– Total: Fr. 2'423.– (Grundlagen der Unterhaltsberechnung, siehe Erwägungen) Diese Unterhaltsbeiträge sind inskünftig zahlbar im Voraus, jeweils auf den ersten eines jeden Monats an die Beklagte.

E. 4.1

Der Berufungskläger beanstandet, dass die Vorinstanz der Berufungsbeklagten persönliche Unterhaltsbeiträge zugesprochen hat, welche den Beitrag von Fr. 550.– pro Monat gemäss Eheschutzurteil vom 2. Mai 2012 (act. 7/3) überstiegen, obschon sie selber kein Gesuch um Abänderung bzw. Erhöhung des Unterhalts gestellt habe. Damit sei die Dispositionsmaxime nach Art. 58 ZPO verletzt worden (act. 2 Rz. 67 f.).

E. 4.2

Nach Ansicht der Berufungsbeklagten war die Vorinstanz im Rahmen der Offizial- und Untersuchungsmaxime (auch) berechtigt, den Ehegattenunterhalt neu festzulegen (act. 16 Ziff. B./ad Rz. 67–68).

E. 4.3

Mit dem Berufungskläger ist festzuhalten, dass – wie bereits oben erwähnt (vgl. E. II./6) – bei der Zusprechung von ehelichem Unterhalt die Dispositionsmaxime gilt. Weil die Berufungsbeklagte kein Gesuch um Erhöhung ihrer vom Eheschutzgericht auf Fr. 550.– festgelegten persönlichen Unterhaltsbeiträge gestellt hat, war es der Vorinstanz verwehrt, die Unterhaltsregelung im Eheschutzurteil vom 12. Mai 2012 (act. 3) zu Gunsten der Berufungsbeklagten abzuändern. Die Beanstandung des Berufungsklägers ist stichhaltig. Die angefochtene Verfügung ist in Bezug auf die Erhöhung der Ehegattenunterhaltsbeiträge nach dem Gesagten aufzuheben und es sind die ehelichen Unterhaltsbeiträge wieder auf Fr. 550.– pro Monat herabzusetzen. Eine gänzliche Aufhebung der Unterhaltsverpflichtungen gegenüber der Berufungsbeklagten ab dem 1. Januar 2018, wie sie der Berufungskläger beantragt, ist vor dem Hintergrund des ihm anrechenbaren Einkommens, des Umstandes, dass mit diesem Betrag lediglich ein Teil des Barbedarfs der Berufungsbeklagten gedeckt wird (vgl. act. 7/3 sowie die unbeanstandet gebliebene Bedarfsberechnung der Vorinstanz in act. 6 E. IV./8.2) und weil die verfügbaren Mittel für die Ausrichtung dieses Unterhaltsbeitrages ausreichen (vgl. unten E. IV./6.3), nicht vorzunehmen. Weiterungen zur Einwendung der Berufungsbeklagten, wonach der Berufungskläger seine Abänderungsklage in Bezug auf die vorsorglichen Ehegattenunterhaltsbeiträge bei der Vorinstanz nicht beziffert habe (act. 16 Ziff. B./Rz. ad 67–68), sind nicht erforderlich. Wohl hat der Berufungskläger vor Vorinstanz eine unbezifferte Reduktion der Ehegattenunterhalts-

- 40 - beiträge verlangt, die Berufungsbeklagte hat indes unstreitig diesbezüglich auch keine (auch nicht eine unbezifferte) Erhöhung beantragt.

E. 4.4

Die Berufungsbeklagte wirft dem Berufungskläger auch betreffend die Kinderunterhaltsbeiträge vor, er habe sein Abänderungsbegehren nicht beziffert (act. 16 Ziff. B./Rz. ad 67–68). Zuzufolge der geltenden Offizialmaxime ist sie hiermit zu hören, ohne dass die Erhebung einer eigenen Berufung notwendig gewesen wäre. Sie übersieht jedoch, dass

sich eine Bezifferung des Abänderungsgesuchs aus der Eingabe des Berufungsklägers vom 20. April 2018 (act. 7/78) ergibt, worin eine vollständige Aufhebung der Unterhaltspflichten ab Januar 2018 beantragt wird. Richtig ist indessen, dass für das Jahr 2017 ein beziffertes Abänderungsbegehren fehlt. Wie den eingangs wiedergegebenen Begehren zu entnehmen ist, beantragte der Berufungskläger die Festlegung "angemessen(e) reduzierte(r)" Unterhaltsbeiträge. Eine gehörige Bezifferung fehlt demnach. Dies ist – ungeachtet der *Offizialmaxime* – ungenügend (vgl. KUKO ZGB-MICHEL/LUDWIG, 2. Aufl., Basel 2018, Art. 279 N 3). Bezüglich dieser Unterhaltsperiode ist auf das Gesuch um Abänderung der Kinderunterhaltsbeiträge nicht einzutreten. 5.

E. 5

Der Antrag, die Beklagte sei zu verpflichten, gestützt auf Art. 170 ZGB eine Aufstellung über sämtliche Einkünfte der Beklagten für sich und die Kinder C._____ und D._____ mit sämtlichen Belegen für die Zeit ab 1. Januar 2017 bis aktuell sowie sämtliche Unterlagen über den IV- Grad wie Berichte, Vorentscheide, Entscheide etc. einzureichen, wird abgewiesen.

E. 5.1

Die Kindervertreterin moniert die Berücksichtigung von Kosten für die Ausübung des Besuchsrechts in den Jahren 2017 bis 2019 im Bedarf des Berufungsklägers. Diese Kosten seien praxisunüblich und im Übrigen hätten Besuchskontakte ab dem Jahr 2017 nur noch sporadisch und teilweise über längere Zeit gar nicht mehr stattgefunden (vgl. act. 18 Rz. 2.5). Nach der jüngsten bundesgerichtlichen Praxis können Kosten für die Ausübung des Besuchsrechts im Rahmen des sog. familienrechtlichen Existenzminimums in Anschlag gebracht werden (BGE 147 III 265 E. 7.2). Für eine Berücksichtigung sind allerdings regelmässige Besuchskontakte zu fordern. Aktenkundig sind solche vorliegend allein zwischen Januar und April 2017 (vgl. act. 7/16 Rz. 2). Daraufhin kam es zwischen Mitte Mai 2017 und Anfang September 2017 zu einem mehrmonatigen Kontaktunterbruch (act. 7/41 Rz. 3, act. 7/43 S. 3, act. 7/44/7 und Prot. Vi. S. 39). In welcher Regelmässigkeit im Folgenden das Besuchsrecht aus-

- 41 - geübt wurde, erschliesst sich nicht mit hinreichender Klarheit. Daraus, dass der Berufungskläger im Januar und Februar 2018 auf jede Form von Besuchsrecht verzichtet hat (act. 7/51 und act. 7/60) und im November 2018 ausgeführt hat, er habe seine Söhne nun schon mehrere Monate nicht mehr gesehen (act. 7/121), ist auf lediglich sporadische Besuchskontakte zu schliessen. Dies scheint sich auch im Jahr 2019 nicht merklich geändert zu haben. So sei es zu ein paar gemeinsamen Ferientagen in den Frühlingsferien und gemeinsamen Sommerferien von etwas über einer Woche gekommen (act. 7/149 S. 20, act. 7/165, unbestritten in Prot. Vi S. 86 und Prot. Vi S. 90). Eine unter dem Gesichtspunkt der Kosten beachtliche Ausübung des Besuchsrechts fand daher nur in den Monaten Januar bis April 2017 statt. Diese Periode ist wegen des sie betreffenden Nichteintretensentscheides aber nicht neu zu regeln. Die Besuchskontakte ab Mai 2017 bis ins Jahr 2019, welche insbesondere im Rahmen von kürzeren Ferien erfolgten, rechtfertigen ihrer Unregelmässigkeit und ihrer beschränkten Dauer wegen keine Bedarfsposition des Berufungsklägers. Die von der Vorinstanz berücksichtigte Bedarfsposition ist demnach zu streichen. Der monatliche Bedarf des Berufungsklägers reduziert sich daher im Jahr 2018 um Fr. 300.– auf Fr. 2'995.– und im Jahr 2019 um Fr. 200.– auf Fr. 3'118.–.

E. 5.2

Die Kindervertreterin rügt die Berücksichtigung weiterer Bedarfspositionen des Berufungsklägers (Auslagen für Kommunikation, Serafe, Versicherungen, Tilgung von Schulden und Steuern), was bei der Berechnung des familienrechtlichen Notbedarfs unzulässig sei (act. 18 Rz. 2.4). Dabei übersieht sie, dass die verfügbaren Mittel ausreichen, um das familienrechtliche Existenzminimum zu decken. In dessen Rahmen darf der Bedarf um die von ihr monierten Positionen erweitert werden (vgl. BGE 147 III 265 E. 7.2). Es sind demnach keine weiteren Anpassungen im Bedarf des Berufungsklägers vorzunehmen.

E. 5.3

Von der Kindervertreterin wird schliesslich geltend gemacht, es sei in den Bedarfen der Kinder nach der neusten bundesgerichtlichen Praxis jeweils ein Steueranteil von je Fr. 75.– aufzunehmen (act. 18 Rz. 2.7 f.). Dieser Einwand ist mit Blick auf den Leitentscheid BGE 147 III 265 berechtigt (vgl. dortige E. 7.2). Der Steueranteil ist der Höhe nach angemessen und daher in die Bedarfe der

- 42 - beiden Kinder aufzunehmen, was diese jeweils im Vergleich zum vorinstanzlichen Entscheid um monatlich Fr. 75.– erhöht (vgl. Bedarfe in act. 6 VI./8.3 und 8.4).

E. 6

Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; DIKE-Komm-ZPO-DOLGE, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 276 N 15). Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung mit entsprechender Beweismittel- und Beweismassbeschränkung, und es gilt die Dispositionsmaxime mit eingeschränktem Untersuchungsgrundsatz bzw. soweit wie hier Kinderbelange betroffen sind, die Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Diese Grundsätze sind in allen Verfahrensstadien und von allen kantonalen Instanzen zu beachten (BGE 137 III 617 E. 4.5.2; BGer, 5A_923/2014 vom 27. August 2015, E. 3; SCHWEIGHAUSER, FamKomm, 3. Aufl., Bern 2017, Art. 296 ZPO N 6). III. Obhut 1.

E. 6.1

Es gilt in einem nächsten Schritt aufgrund der geänderten Grundlagen den Überschuss neu festzulegen. Ein Überschuss liegt vor, wenn die vorhandenen Mittel die (familienrechtlichen) Existenzminima übersteigen (vgl. BGE 147 III 265 E. 7). Üblicherweise wird hierzu die Differenz zwischen der Summe der Einkommen und der Summe der (zum familienrechtlichen Grundbedarf erweiterten) Existenzminima der Parteien gebildet. Mit der Teilung des Überschusses soll eine gleichmässige Erhöhung des Minimalbedarfs erreicht werden (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, N 02.49 und 02.51).

E. 6.2

Dieses Vorgehen führt vorliegend im Verhältnis zwischen dem Berufungskläger und seinen Kindern aber zu einem unangemessenen Resultat. Durch Einbezug des individuellen Mankos der Berufungsbeklagten – ihr Bedarf ist nicht ansatzweise durch ihr Einkommen gedeckt – verringert sich der Gesamtüberschuss beider Haushalte zwar rechnerisch. Dem Berufungskläger bleibt sein individueller Überschuss aber weitestgehend erhalten. Dass dies nicht richtig sein kann, lässt sich leicht mit einer Kontrollüberlegung

aufzeigen. Läge insgesamt ein Mangelfall vor und wäre das Gesamtmanko alleine durch ein individuelles Manko der Berufungsbeklagten verursacht, so wäre nach der üblichen Berechnung kein Überschuss zu verteilen, obschon ein solcher beim Berufungskläger vorhanden wäre. Es erschiene ungereimt, die Kinder bei dieser Sachlage auf ihr familienrechtliches Existenzminimum zurückzusetzen, obschon sie einen Anspruch auf die Erhöhung ihres Minimalbedarfs hätten. Ergänzend ist dem bereits erwähnten Grundsatz, wonach sich das Gericht bei der Abänderung an den im abzuändernden Eheschutz- oder Massnahmenentscheid vorgenommenen Wertungen zu orientieren hat, Beachtung zu schenken. Den gemeinsamen Söhnen wurde im Eheschutzentscheid vom 2. Mai 2012 (act. 7/3)

- 43 - ein unüblich grosser Anteil des Überschusses zugewiesen. Diese Wertung ist auch heute massgeblich.

E. 6.3

Um dem insofern speziellen Einzelfall zu begegnen, ist der Überschuss einzig auf Seiten des Berufungsklägers zu berechnen und nach grossen und kleinen Köpfen zu verteilen. Der Überschuss ermittelt sich – ausgehend von den nicht beanstandeten Einkommens- und Bedarfspositionen im angefochtenen Entscheid (act. 6 E. VI./9) und den vorstehenden Erwägungen – wie folgt: Jahr 2018: C._____ D._____ Einkommen Fr. 1'013.00 Einkommen Fr. 963.00 Bedarf Fr. 1'425.00 Bedarf Fr. 1'124.00 Manko Barbedarf Fr. 412.00 Manko Barbedarf Fr. 161.00 Berufungskläger Einkommen Fr. 6'480.00 Bedarf Fr. 2'995.00 Manko Barbedarfe Kinder Fr. 573.00 Ehegattenunterhalt Fr. 550.00 Überschuss Fr. 2'362.00 Es resultieren im Jahr 2018 monatliche vorsorgliche Kinderunterhaltsbeiträge von rund Fr. 1000.– für C._____ (Manko Barbedarf Fr. 412.– + Überschussbeteiligung Fr. 590.–) und von rund Fr. 750.– für D._____ (Manko Barbedarf Fr. 161.– + Überschussbeteiligung Fr. 590.–), jeweils zuzüglich Kinderzulagen. Jahr 2019:

- 44 - C._____ D._____ Einkommen Fr. 1'130.00 Einkommen Fr. 1'080.00 Bedarf Fr. 1'152.00 Bedarf Fr. 1'539.00 Manko Barbedarf Fr. 22.00 Manko Barbedarf Fr. 459.00 Berufungskläger Einkommen Fr. 6'480.00 Bedarf Fr. 3'118.00 Manko Barbedarfe Kinder Fr. 481.00 Ehegattenunterhalt Fr. 550.00 Überschuss Fr. 2'331.00 Es resultieren im Jahr 2019 monatliche vorsorgliche Kinderunterhaltsbeiträge von rund Fr. 605.– für C._____ (Manko Barbedarf Fr. 22.– + Überschussbeteiligung Fr. 583.–) und von rund Fr. 1'040.– für D._____ (Manko Barbedarf Fr. 459.– + Überschussbeteiligung Fr. 583.–), jeweils zuzüglich Kinderzulagen.

- 45 - Jahr 2020: C._____ D._____ Einkommen Fr. 1'137.00 Einkommen Fr. 1'137.00 Bedarf Fr. 1'147.00 Bedarf Fr. 1'432.00 Manko Barbedarf Fr. 10.00 Manko Barbedarf Fr. 295.00 Berufungskläger Einkommen Fr. 6'480.00 Bedarf Fr. 3'045.00 Manko Barbedarfe Kinder Fr. 305.00 Ehegattenunterhalt Fr. 550.00 Überschuss Fr. 2'580.00 Es resultieren im Jahr 2020 monatliche vorsorgliche Kinderunterhaltsbeiträge von rund Fr. 655.– für C._____ (Manko Barbedarf Fr. 10.– + Überschussbeteiligung Fr. 645.–) und von rund Fr. 940.– für D._____ (Manko Barbedarf Fr. 295.– + Überschussbeteiligung Fr. 645.–), jeweils zuzüglich Kinderzulagen.

- 46 - Ab dem Jahr 2021: C._____ D._____ Einkommen Fr. 1'137.00 Einkommen Fr. 1'137.00 Bedarf Fr. 1'147.00 Bedarf Fr. 1'432.00 Manko Barbedarf Fr. 10.00 Manko Barbedarf Fr. 295.00 Berufungskläger Einkommen Fr. 6'480.00 Bedarf Fr. 3'538.00 Manko Barbedarfe Kinder Fr. 305.00 Ehegattenunterhalt Fr. 550.00 Überschuss Fr. 2'087.00 Es

resultieren ab dem Jahr 2021 monatliche vorsorgliche Kinderunterhaltsbeiträge von rund Fr. 530.– für C. _____ (Manko Barbedarf Fr. 10.– + Überschussbeteiligung Fr. 522.–) und von rund Fr. 815.– für D. _____ (Manko Barbedarf Fr. 295.– + Überschussbeteiligung Fr. 522.–), jeweils zuzüglich Kinderzulagen).

E. 7

Die Vorinstanz ging im Rahmen ihrer Prüfung der Passivlegitimation auf den Umstand ein, dass die Kinderunterhaltsbeiträge teilweise durch die Gemeinde F. _____ bevorschusst wurden bzw. werden. Dies habe gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 143 III 177 zur Folge, dass eine Herabsetzung der Unterhaltsverpflichtungen unter den bevorschussten Betrag ausgeschlossen sei, weil die Gemeinde F. _____ nicht neben den Kindern der Parteien ins Recht gefasst wurde (vgl. act. 6 E. IV./5.3 i.V.m. act. 7/222/8). Die neu festgelegten Kinderunterhaltsbeiträge unterschreiten die in der Vergangenheit bzw. aktuell durch die Gemeinde F. _____ bevorschussten Beiträge nicht (vgl. act. 6 E. IV./5.3 und act. 17/3), so dass auf die hiergegen erhobenen Bean-

- 47 - standungen des Berufungsklägers an sich nicht einzugehen wäre (vgl. act. 2 Rz. 65 f.). Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in einem zur Publikation vorgesehenen Urteil vom 12. Januar 2022 (5A_75/2020) die in BGE 143 III 177 begründete Praxis wieder aufgegeben hat. Nach geänderter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind unabhängig davon, ob und ab wann bzw. wie lange eine Bevorschussung besteht, jeweils nur der Unterhaltsschuldner und das Kind (oder dessen gesetzlicher Vertreter als Prozessstandschafter) die Prozessparteien im Abänderungsverfahren, aber nie das bevorschussende Gemeinwesen (E. 6.7). Sofern die während der Prozessdauer bevorschussten Beiträge höher waren als die für die betreffende Zeit im Abänderungsurteil festgesetzten, fehlt es im entsprechenden Umfang an der materiellen Grundlage bzw. am Gegenstand der Subrogation. Es ist eine Frage des kantonalen öffentlichen Rechts, ob das Gemeinwesen die Differenz vom Kind zurückfordert oder ob es darauf verzichtet (E. 6.7). Eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge unter die vom Gemeinwesen bevorschusste Höhe wäre damit zulässig gewesen.

E. 8

Unbestrittenermassen hat der Berufungskläger im Jahr 2017 Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 19'200.– geleistet (act. 2 Rz. 64 i.V.m. act. 16 Ziff. B./ad 64.). Die Berufungsbeklagte wendet ein, sie wisse nicht, ob die Zahlungen an die Kinder- oder Ehegattenunterhaltsverpflichtungen anzurechnen seien, da die Überweisungen jeweils ohne Angabe eines Zahlungsgrundes erfolgt seien. Dies blieb unbestritten. Auf der Grundlage dieser Vorbringen ist eine anteilmässige Anrechnung der Zahlungen gemäss Art. 87 Abs. 2 OR vorzunehmen. Von den geleisteten Fr. 19'200.– sind rund Fr. 3'580.– auf die geschuldeten vorsorglichen Ehegattenunterhaltsbeiträge zu verlegen. In diesem Umfang ist ins Dispositiv eine Anrechnung aufzunehmen. Der Mehrbetrag wäre an den Kinderunterhalt des Jahres 2017 anzurechnen. Da diesbezüglich allerdings ein Nichteintretensentscheid ergeht – mithin keine Neuregelung vorzunehmen war – scheidet eine Anrechnung aus. Der Berufungskläger ist mit seiner Einwendung, soweit Kinderunterhaltsbeiträge betroffen sind, ins Vollstreckungsverfahren zu verweisen.

- 48 - V. Prozesskostenvorschuss/ Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege/Kosten und Entschädigung 1. Der Berufungskläger stellt ein Begehren um Verpflichtung der Berufungsbeklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses (act. 2 S. 3). Gemäss

der unbeanstandet gebliebenen Berechnung des Bedarfs und des Einkommens der Berufungsbeklagten fehlen jener Fr. 1'306.– zur Deckung ihres Barbedarfs (act. 6 E. IV./9, S. 72). Mit dem heutigen Entscheid bleibt es bei vom Berufungskläger zu bezahlenden vorsorglichen Ehegattenbeiträgen von monatlich Fr. 550.–. Die Berufungsbeklagte ist offensichtlich prozessarm, so dass das Begehren des Berufungskläger um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen ist. 2. Beide Parteien stellen sodann Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverteidigung im Berufungsverfahren (vgl. act. 2 S. 3; act. 16 S. 2).

E. 13

Abs. 1 AnwGebVO auf Fr. 2'400.– (7.7% MwSt. inkl.) festzusetzen. Dies ergibt eine der Berufungsbeklagten zuzusprechende reduzierte Parteientschädigung von Fr. 960.– (7.7% MwSt. inkl.). 4. Mit Eingabe vom 14. Februar 2022 ersuchte die als Kindervertreterin eingesetzte Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ um Entschädigung (act. 23). Praxisgemäss ist das Honorar der Kindervertreterin nach der kantonalen Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) festzusetzen. Unter Verweis auf das Vorstehende erscheint das von der Kinderanwältin beantragte Honorar von Fr. 2'203.55 als angemessen.

- 53 - Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ ist für ihre Bemühungen als Kindervertreterin der Verfahrensbeteiligten wie folgt zu entschädigen: Honorar: Fr. 2'046.00 Mehrwertsteuer (7.7 %): Fr. 157.55 Entschädigung total inkl. MWST: Fr. 2'203.55 Diese Kosten sind Teil der Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) und also solche den Parteien nach Obsiegen und Unterliegen aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es wird beschlossen:

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