

ZH_OBERGERICHT LY220046 vom 27. März 2023

ZH Obergericht, 2023-03-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY220046

FR: ZH_OBERGERICHT LY220046 du 27 mars 2023

IT: ZH_OBERGERICHT LY220046 del 27 marzo 2023

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit dem tt.mm 2007 verheiratet und Eltern von C._____, geboren tt.mm 2009, D._____, geboren tt.mm 2011 und von E._____, geboren tt.mm 2015 (Urk. 6/2). Der Beklagte, Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) ist ausserdem Vater von G._____, geboren tt.mm 2018, und von H._____, geboren tt.mm 2020 (Urk. 6/235).

E. 1.1

Eine Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren setzt eine Veränderung der Verhältnisse voraus (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB). Verlangt ist dabei eine nicht voraussehbare wesentliche und dauernde Veränderung. Eine Abänderung ist ferner angebracht, wenn die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zu Grunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben oder wenn sich der Entscheid nachträglich im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmegericht die Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutz- bzw. des Präliminarentscheids einer Abänderung entgegen. Eine Abänderung ist ferner ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (BGE 141 III 376 E. 3.3.1 m.w.H.).

E. 1.2

Beruhet eine Eheschutzmassnahme oder eine vorsorgliche Massnahme auf einer Vereinbarung, sind die Möglichkeiten zur Abänderung eingeschränkt. Insbesondere kann keine Anpassung an veränderte Verhältnisse verlangt werden bezüglich Tatsachen, die vergleichsweise definiert worden sind, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen (BGE 142 III 518 E. 2.6; caput controversum).

E. 2

Seit dem 1. Juli 2019 stehen die Parteien vor Vorinstanz im Scheidungsprozess, dem ein Eheschutzverfahren vorangegangen war (Urk. 6/1, 6/6, 6/7). Ein am 4. Juli 2019 gestelltes Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Sinne der Abänderung des Eheschutzurteils vom 14. Mai 2018 zog der Gesuchsteller mit Schreiben vom 30. September 2019 zurück, ausgenommen seinen Antrag um Errichtung einer Besuchs- und Erziehungsbeistandschaft (Urk. 6/53). Mit Eingabe vom 1. Oktober 2019 reichte der Gesuchsteller erneut ein Abänderungsgesuch ein (Urk. 6/54), über das die Vorinstanz mit Verfügung vom 7. April 2020 entschied (Urk. 6/117). Eine vom Gesuchsteller dagegen erhobene Berufung wies die Kammer mit Urteil vom 16. Juli 2020 ab (Urk. 6/129). Auf die vom Gesuchsteller dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht am 23. November 2020 nicht ein (Urk. 6/186). Mit Eingabe vom 7. Juni 2021 stellte der Gesuchsteller wiederum ein Abänderungsgesuch (Urk. 6/216). Für den weiteren Verlauf

des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 6/340 = Urk. 2 S. 6 f.). Am 11. Juli 2022 erliess die Vorinstanz die eingangs erwähnte Verfügung (Urk. 6/340 = Urk. 2 S. 34 f.).

E. 2.1

Die Gesuchsgegnerin stellt im Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 159 S. 2). Sie trägt vor, die Vorinstanz habe mit Verfügung vom 15. August 2022 das Gesuch gutgeheissen, dies nach zwei abschlägigen Entscheiden und drei Jahren Verfahrensdauer mit aussergewöhnlich hohem Aufwand, was zwangsläufig zu hohen anwaltlichen Ausständen geführt habe. Erst das dritte Gesuch sei gutgeheissen worden, nachdem die Vorinstanz erkannt habe, dass die Gesuchsgegnerin mittellos und eine Erhöhung der Hypothek aufgrund der Weigerungshaltung des Gesuchstellers nicht durchführbar sei. Sie habe auch die von der Vorinstanz geforderte Abtretungserklärung geleistet. Sie, die Gesuchsgegnerin, sei unverändert nicht erwerbstätig. Der Gesuchsteller habe die Unterhaltsbeiträge von Fr. 5'435.85 (ohne Familienzulagen) ab Juli 2022 eigenmächtig auf Fr. 3'000.– bzw. auf Fr. 2'800.– reduziert; eine Schuldneranweisung sei zwischenzeitlich von der Vorinstanz gutgeheissen worden, sei aber noch nicht rechtskräftig. Über nennenswertes bewegliches Vermögen verfüge die Gesuchsgegnerin nicht (Urk. 13 S. 30 f.).

E. 2.2

Gerichtskosten hat die Gesuchsgegnerin keine zu tragen, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung als gegenstandslos abzuschreiben ist. Sodann ist der Gesuchsteller zur Leistung einer vollen Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu verpflichten. Unter Hinweis auf Art. 122 Abs. 2 ZPO ist das Gesuch

- 29 - um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung trotz zugesprochener Parteientschädigung zu behandeln.

E. 2.2.1

Betreffend das Konkubinat erwidert die Vorinstanz, selbst der Gesuchsteller mache nicht geltend, dass das Zusammenleben zwischen K._____ und der Gesuchsgegnerin bereits fünf Jahre gedauert habe, sondern er lege dar, dass es im Zeitpunkt der Einleitung des Abänderungsgesuchs erst ca. eineinhalb Jahre gedauert habe. Weitere Ausführungen zu Umständen, welche trotz relativ kurzer Dauer des Zusammenlebens zur Annahme eines qualifizierten Konkubinats führen würden, würden nicht vorliegen. Im Vergleich zum Urteil des Obergerichts vom 16. Juli 2020 würden daher keine veränderten Verhältnisse vorliegen. Das Zusammenleben der Gesuchsgegnerin mit K._____ stelle damit keinen Abänderungsgrund dar (Urk. 2 S. 22).

E. 2.2.2

Zur Geburt von H._____ führte die Vorinstanz aus, die Anerkennung von H._____ durch den Gesuchsteller stelle ohne Zweifel eine dauerhafte Veränderung dar. Es sei jedoch zu prüfen, ob diese Veränderung in der Lebenssituation des Gesuchstellers auch eine wesentliche Veränderung (in den finanziellen Verhältnissen) darstelle (Urk. 2 S. 23).

- 18 -

E. 2.2.3

Zum Einkommen des Gesuchstellers hielt die Vorinstanz fest, aufgrund der eingereichten Lohnabrechnungen der Monate Juni 2021 bis September 2021 sei von einem monatlichen Nettoeinkommen inkl. Bonusanteil von Fr. 11'840.70 abzugehen (Urk. 2 S. 23 f.). Die Kinder G._____ und H._____ würden je insgesamt Fr. 250.– Familienzulage erhalten (Urk. 2 S. 24).

E. 2.2.4

Weiter sei mit dem Gesuchsteller davon auszugehen, dass die Lebenspartnerin, J._____, über kein eigenes Einkommen verfüge. Allerdings sei einem Abänderungseschutzurteil des Bezirksgerichts Muri vom 21. November 2019 zwischen J._____ und I._____ zu entnehmen, dass I._____ verpflichtet worden sei, J._____ für die Kinder L._____ und M._____ einen Betreuungsunterhalt von insgesamt Fr. 1'064.– zu bezahlen. Im Zeitpunkt der Einleitung des Abänderungsverfahrens habe J._____ daher über Fr. 1'064.– an Betreuungsunterhalt verfügt (Urk. 2 S. 25).

E. 2.2.5

Sodann errechnete die Vorinstanz den folgenden Bedarf: Gesuchsteller: Fr. 3'520.–, J._____: Fr. 1'927.–, G._____: Fr. 705.– und H._____: Fr. 705.– (Urk. 2 S. 25).

E. 2.2.6

Die Vorinstanz erwog, die Wesentlichkeit des Abänderungsgrundes der Geburt von H._____ könne nicht allein gestützt auf die im Zusammenhang mit der Anerkennung von H._____ entstandenen Mehrkosten vorgenommen werden. Alle minderjährigen Kinder seien bei der Verteilung des Überschusses gleich zu behandeln. Für die Frage der Wesentlichkeit sei lediglich der Barunterhalt von H._____ von Relevanz, nicht aber der Betreuungsunterhalt. Dies sei auf den Umstand zurückzuführen, dass der Gesuchsteller bereits im Rahmen der Anerkennung von G._____ im Umfang des nicht von I._____ gedeckten Betreuungsunterhaltes zur Deckung der Lebenshaltungskosten von J._____ verpflichtet worden sei. Die im Zusammenhang mit der Geburt von G._____ anfallenden Veränderungen seien bereits mit Urteil vom 7. April 2020 beurteilt worden. Damit bestעה in Bezug auf den durch den Gesuchsteller zu deckenden Betreuungsunterhalt bereits ein rechtskräftiges Urteil und damit eine abgeurteilte Sache (Urk. 2 S. 31). Im Rahmen des Eheschutzes sei beim Gesuchsteller von einem Einkommen von Fr. 12'082.– und einem erweiterten Existenzminimum von Fr. 5'539.– ausgegan-

- 19 - gen worden. Die finanzielle Leistungsfähigkeit habe Fr. 6'543.– betragen. Dem aktuellen Einkommen von Fr. 11'840.70 sei im Zeitpunkt der Einleitung des vorliegenden Abänderungsverfahrens ein erweitertes Existenzminimum von Fr. 3'520.– gegenüber gestanden. Die eigene finanzielle Leistungsfähigkeit habe bei Einleitung des vorliegenden Abänderungsverfahrens Fr. 8'320.70 betragen, mithin Fr. 1'777.70 mehr als im Zeitpunkt des Eheschutzverfahrens. Selbst bei vollumfänglicher Berücksichtigung der Lebenshaltungskosten von H._____ von Fr. 455.– verfüge der Gesuchsteller über einen weitaus höheren Überschuss als noch im Zeitpunkt des Eheschutzurteils. Im Zeitpunkt der Einleitung des vorliegenden Verfahrens fehle es somit an der Voraussetzung der Wesentlichkeit des Abänderungsgrundes der Anerkennung von H._____. Deshalb sei das Gesuch um Abänderung der Unterhaltsbeiträge abzuweisen (Urk. 2 S. 31 f.).

E. 2.3

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin mit dem aktuellen Überschuss von monatlich Fr. 700.– (vgl. Urk. 6/341 S. 4) nicht in der Lage ist, die angefallenen Anwaltskosten zu tragen. Dies würde bedingen, dass der Gesuchsteller seiner Unterhaltspflicht regelmässig vollumfänglich nachkommt bzw. die Schuldneranweisung in vollem Umfange gutgeheissen würde. Der Gesuchsteller räumt jedoch ein, dass er die Unterhaltsbeiträge seit 1. Juli 2022 reduziert hat (Urk. 1 S. 25). Im Verfahren um unentgeltliche Rechts- pflege gilt der Effektivitätsgrundsatz. Die Gesuchsgegnerin verfügt über kein Er- werbseinkommen. Belegt ist ferner, dass für die Gesuchsgegnerin eine Aufsto- ckung der Hypothek nicht möglich ist (Urk. 6/334/99-100). Sie ist deshalb als pro- zessual mittellos zu bezeichnen. Da die Berufung abzuweisen ist, gilt der Pro- zessstandpunkt der Gesuchgegnerin nicht als aussichtslos. Zudem war sie als rechtsunkundige Partei zur gehörigen Führung des Prozesses auf eine Rechts- verbeiständung angewiesen. Der Gesuchsgegnerin ist daher für das Berufungs- verfahren Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

E. 2.4

Angesichts der finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers (vgl. Urk. 6/263/71-72, 6/331/125-126) ist nicht davon auszugehen, dass die Parteient- schädigung einbringlich ist. Folglich ist die unentgeltliche Rechtsbeiständin der Gesuchsgegnerin vom Kanton angemessen zu entschädigen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Die angemessene Entschädigung ist auf Fr. 4'000.– zuzüglich Fr. 308.– (7.7 % MwSt), also Fr. 4'308.– zu bemessen. Der Anspruch der Gesuchsgegnerin auf Parteientschädigung geht mit der Zahlung der Entschädigung an den Kanton über. Es wird beschlossen:

E. 3

Mit Zuschrift vom 1. November 2022 liess der Gesuchsteller mitteilen, dass die Rechtsbegehren in der Berufungsschrift teilweise nicht korrekt gestellt worden seien, und er liess eine angepasste Rechtschrift einreichen (Urk. 10 und 11). Die

- 15 - Änderung der Rechtsbegehren ist nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erfolgt. Es handelt sich nicht um eine Berichtigung, sondern um eine inhaltliche Änderung des Anspruchs und stellt damit eine Klageänderung im Sinne von Art. 317 Abs. 2 ZPO dar. Der Gesuchsteller legt indessen nicht dar, dass die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO erfüllt seien, weshalb auf die Klageänderung nicht einzu- treten ist. Vorbehalten bleibt die Bestimmung von Art. 296 Abs. 3 ZPO, wonach das Gericht in Verfahren, die dem Untersuchungs- und Officialgrundsatz unterlie- gen, ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet.

E. 3.1

Der Gesuchsteller führt aus, er beanstande nicht, dass die Vorinstanz die in der Verfügung genannten, schon einmal beurteilten Sachverhalte nicht als Abän- derungsgrund anerkannt habe. Er beanstande jedoch, dass erstens die Vorin- stanz den Abänderungsgrund der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens der Gesuchsgegnerin nicht anerkannt und auch keine Ausführungen dazu ge- macht habe. Im Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuchs vom 7. Juni 2021 sei C. _____ 12 Jahre alt, D. _____ 10 Jahre alt gewesen und E. _____ habe den Kindergarten seit zwei Jahren besucht. Mittlererweile sei E. _____ in die 2. Primarklasse eingetreten (Urk. 2 S. 16). Der Gesuchsgegnerin wäre es längstens zumutbar, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Im Ergebnis beruft sich der Ge- suchsteller auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum sog. "Schulstufen- modell" und

beantragt, dass der Gesuchsgegnerin bei einem 50 %-Pensum ein Einkommen von Fr. 3'000.– anzurechnen sei. Bei korrekter Rechtsanwendung, so der Gesuchsteller, wäre bei Einreichung des Gesuchs am 7. Juni 2021 ein hypothetisches Einkommen als Abänderungsgrund zu berücksichtigen gewesen (Urk. 2 S. 13, S. 16 ff.).

E. 3.2

Die Gesuchsgegnerin erwidert, entgegen der Darstellung des Gesuchstellers sei die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens im Massnahmengesuch vom 7. Juni 2021 nicht als Abänderungsgrund geltend gemacht worden. Die

- 20 - Vorinstanz habe sich zu Recht nicht mit dieser Frage befasst (Urk. 13 S. 5). Änderungen in der Rechtsprechung würden keinen Abänderungsgrund darstellen. Das jüngste Kind, E._____, geb. tt.mm.2015, habe das 10. Altersjahr noch nicht erreicht, weshalb nach der im Zeitpunkt des Eheschutzverfahrens geltenden Praxis kein Abänderungsgrund vorliege. Die Gesuchsgegnerin erziele unverändert kein Einkommen (Urk. 13 S. 4).

E. 3.3

Die Änderung der Rechtsprechung von der sog. "10/16-Regel" zum Schulstufenmodell stellt für sich keinen Abänderungsgrund dar. Eine Praxisänderung gilt nur für zukünftige Fälle und kann damit in Bezug auf rechtskräftige Entscheide oder in der Vergangenheit abgeschlossene Vereinbarungen keinen Abänderungsgrund darstellen (vgl. FamKomm Scheidung/Büchler/Raveane, Art. 129 N 27). Die neue Rechtsprechung (Schulstufenmodell, Aufgabe der 45-Jahr-Regel, Berechnungsmethode usw.) findet allerdings in allen nach Änderung der Bundesgerichtspraxis rechtshängigen Abänderungsverfahren Anwendung (vgl. BGer 5A_875/2017 vom 6. November 2018, E. 4.2.3 mit Verweis auf BGE 142 V 551 E. 4.1), so namentlich auch in einem Verfahren, in dem ein noch unter alter Praxis ergangener Entscheid abzuändern ist. Da die erwähnte bundesgerichtliche Praxisänderung für sich allein genommen keinen (voraussetzungslosen) Abänderungsgrund darstellt, muss auf die Vorbringen des Gesuchstellers, es sei der Gesuchsgegnerin ein hypothetisches Einkommen anzurechnen und zwar rückwirkend ab Stellung des Abänderungsgesuchs, was als Abänderungsgrund zu berücksichtigen gewesen wäre (Urk. 1 S. 16 ff.), an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Im Übrigen war die Altersentwicklung der Kinder voraussehbar. Die Parteien haben jedoch bei Abschluss der Trennungsvereinbarung darauf verzichtet, eine Abstufung der Unterhaltsbeiträge selbst bei Erreichen des 10. Altersjahrs von E._____ vorzunehmen. Die Gesuchsgegnerin wurde nicht verpflichtet, eine Erwerbstätigkeit zu einem späteren Zeitpunkt aufzunehmen (vgl. Eheschutzurteil vom 14. Mai 2018 [Urk. 6/14/3]). Nicht zielführend in diesem Zusammenhang ist der Einwand des Gesuchstellers, die Parteien würden seit Sommer 2019 im Scheidungsverfahren stehen und gemäss Art. 125 ZGB gelte das Prinzip der sog. Eigenversorgungskapazität (Urk. 1 - 21 - S. 17). Der Unterhaltsanspruch eines Ehegatten während der ganzen Dauer der Ehe hat seine Grundlage ausschliesslich in Art. 163-165 ZGB, mithin in den Bestimmungen über die eheliche Unterhaltspflicht (BGE 137 III 385 E. 3.1), auch wenn die Kriterien der Art. 125 ff. ZGB einzubeziehen sind. Das bedeutet aber nicht, dass in einem solchen Fall ausschliesslich die Kriterien von Art. 125 ZGB zur Anwendung gelangen und die Festsetzung der (ehelichen) Unterhaltsbeiträge nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 163 ZGB durch die mutmasslich zu erwartende naheheliche Unterhaltsregelung gemäss Art. 125 ZGB respektive die diesbezüglichen Überlegungen präjudiziert würde (vgl. BGE 138 III 97 E. 2.2).

E. 4

Die Gesuchsgegnerin macht in prozessualer Hinsicht geltend, der Gesuchsteller habe nicht nur gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 11. Juli 2022 mit Eingabe vom 16. September 2022 Berufung eingereicht, sondern er habe mit Eingabe vom 29. September 2022 auch bei der Vorinstanz zum wiederholten Male ein Abänderungsbegehren eingereicht und für die Phase ab dem 12. August 2021 identische Rechtsbegehren wie im Berufungsverfahren gestellt. Die Vorinstanz habe das Begehren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen mit identischem Rechtsbegehren wie im Berufungsverfahren anhand genommen und mit Verfügung vom 15. November 2022 sistiert. Es liege somit am Obergericht, auf die Berufung des Gesuchstellers mit Bezug auf Antrag Ziff. 4 ff. nicht einzutreten (Urk. 13 S. 3 f.). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsverfahren gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 11. Juli 2022 wurde mit Eingabe vom 16. September 2022, eingegangen am 20. September 2022 (Urk. 1 S. 1), also zeitlich vor dem später eingereichten Massnahmenverfahren, anhängig gemacht. Unter dem Aspekt von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO, wonach die Sache nicht anderweitig rechtshängig sein darf, besteht kein Anlass, auf die Berufung nicht einzutreten. Im Übrigen bestimmt Art. 126 Abs. 1 Satz 2 ZPO, dass bei anderweitiger Rechtshängigkeit kein sofortiger Nichteintretensentscheid gefällt werden darf, sondern dass das später angerufene Gericht das Verfahren zu sistieren hat, bis das zuerst angerufene Gericht zumindest einen (Zwischen-)Entscheid über das Eintreten getroffen hat (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 59 N 42). Das Vorgehen der Vorinstanz ist daher nicht zu beanstanden.

- 16 - III.

E. 4.1

Als Zweites kritisiert der Gesuchsteller, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dass die Voraussetzungen zur Abänderung der Unterhaltsbeiträge bereits im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs vorhanden sein müssten und allfällige Noven nicht mehr berücksichtigt würden. Die Abänderungsgründe müssten vor Beginn der Urteilsberatung vorhanden sein. Er habe die Vorinstanz am 16. August 2021 darüber informiert, dass ihm seine beiden ausserehelichen Kinder G._____ und H._____ provisorisch unter die alleinige Obhut gestellt worden seien, nachdem er sich von seiner Partnerin [J._____] getrennt habe, was als weiteren Abänderungsgrund zu berücksichtigen gewesen wäre. Durch die Unterstellung der beiden Kinder unter seine Obhut habe sich sein Bedarf deutlich erhöht. Somit seien spätestens ab dem 12. August 2021 mit der provisorischen Zuteilung der alleinigen Obhut der Kinder H._____ und G._____ veränderte Verhältnisse vorgelegen, welche von der Vorinstanz hätten berücksichtigt werden müssen (Urk. 1 S. 14, S. 19 f.).

E. 4.2

Grundsätzlich müssen die Veränderung und mit ihr die Kriterien der Wesentlichkeit und der Dauerhaftigkeit im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Abänderungsverfahrens eingetreten sein; diese Vorgabe gilt namentlich dann, wenn die auf Abänderung klagende Partei mit der Anhängigmachung des Abänderungsverfahrens eine vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Abänderungsverfahrens beantragt. Auf jeden Fall müssen die Abänderungsvoraussetzungen im Urteilszeitpunkt erfüllt sein. Ausnahmsweise können auch Veränderungen geltend gemacht werden, die sich zwar noch nicht verwirklicht haben, deren Eintritt aber

- 22 - feststeht, bzw. für deren Eintreten konkrete Anhaltspunkte bestehen. Rein hypothetische und unsichere zukünftige Tatsachen bilden dagegen keinen Abänderungsgrund (BGer 5A_874/2019 vom 22. Juni 2020, E. 3.2; BGE 120 II 285 E. 4b; je mit Hinweisen). Tritt nach Rechtshängigkeit des Abänderungsverfahrens, aber vor Beginn der Urteilsberatung - d.h. bis zum Zeitpunkt, bis zu welchem echte Noven vorgetragen werden dürfen - ein weiterer Abänderungsgrund ein, muss dieser im hängigen Verfahren behauptet werden; in einem späteren Abänderungsverfahren bleibt er unbeachtlich (vgl. BGE 143 III 42 E. 5.3 mit Hinweisen).

E. 4.3

Das Verfahren untersteht der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime und Noven können bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden. Die Vorinstanz hat die vom Gesuchsteller während des Abänderungsverfahrens geltend gemachten Veränderungen (Trennung von J._____ und alleinige Obhut über G._____ und H._____ und neue Wohnsituation) nicht beachtet. Die Urteilsberatung fand am 11. Juli 2022 statt (Urk. 2 S. 6). Die Vorinstanz hat bei der Prüfung der Wesentlichkeit auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs abgestellt (Wohngemeinschaft mit J._____), obwohl diese im Zeitpunkt des Entscheides keine Gültigkeit mehr hatten. Die Sachverhalte, welche dem Vergleich zugrunde zu legen sind, sind einerseits jener, der sich aus dem Scheidungs- (bzw. Eheschutz-)urteil ergibt; andererseits ist es der Sachverhalt bei Fällung des Abänderungsurteils (vgl. BSK ZGB-Gloor/Spycher, Art. 129 N 24a).

E. 4.4

Im Verfahren um Abänderung von Unterhaltsbeiträgen ist als Erstes zu prüfen, ob eine wesentliche und dauernde Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse eingetreten ist. Nur wenn die Abänderungsvoraussetzungen zu bejahen sind, wenn sich also die Voraussetzungen für eine Abänderung des Unterhaltsbeitrags als erfüllt erweisen, hat das Gericht den Unterhalt neu festzulegen und hierfür sämtliche Berechnungsparameter zu aktualisieren (vgl. BGE 137 III 604 E. 4.1.2). Dies sieht auch der Gesuchsteller so, hat er als Hauptantrag doch einen Rückweisungsantrag gestellt, da die Vorinstanz die Wesentlichkeit des Abänderungsgrundes verneinte und die Unterhaltsbeiträge nicht neu festsetzte. Der Abänderung einer Unterhaltsrente liegt regelmässig eine Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse zumindest eines der Beteiligten zugrunde. Veränderun-

- 23 - gen in den persönlichen Verhältnissen sind nur von Bedeutung, soweit sie sich auf die wirtschaftlichen Verhältnisse auswirken (Hausheer-Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2010, N 09.08). Im zu beurteilenden Fall geht es um die Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers. Die Vorinstanz hat die Abänderungsvoraussetzungen verneint, da sich die finanziellen Verhältnisse nicht wesentlich verändert hätten. Der Gesuchsteller legt im Berufungsverfahren nicht rechtsgenügend dar, wie sich sein Bedarf unter dem Blickwinkel der von ihm beantragten Rückweisung mit der provisorischen Zuteilung der Obhut über die Kinder H._____ und G._____ wesentlich und dauerhaft verändert hat. Er macht zwar geltend, er habe in der Noveneingabe vom 1. November 2021 den Bedarf neu beziffert und unter Berücksichtigung des neuen Bedarfs begründet, wobei er, der Gesuchsteller, seinen Anteil gegenüber H._____ und G._____ nicht nur in finanzieller Hinsicht, sondern auch durch die vollständige Betreuung der Kinder zu erbringen gehabt habe (Urk. 1 S. 20). Damit kommt der Gesuchsgegner seiner Begründungspflicht für die Abänderungsvoraussetzungen nicht nach. Er zeigt die konkrete

Ak- tenstelle nicht auf, wo er in der rund 60-seitigen Rechtsschrift die massgeblichen Veränderungen im Bedarf vorgetragen und auf die entsprechenden Urkunden verwiesen hat. Er macht weiter geltend, dass er ab dem 1. März 2022 mit den Kindern eine Wohnung in N._____ bezogen, worüber er die Vorinstanz unverzüglich informiert habe (Urk. 1 S. 19 mit Verweis auf Urk. 290, 292/1-75). Mit dieser Angabe allein äussert sich der anwaltlich vertretene Gesuchsteller nicht dazu, wie konkret sich dieser neue Mietvertrag auf seine wirtschaftlichen Verhältnisse aus- gewirkt hat und ob daraus im Ergebnis eine wesentliche Veränderung der eigenen Leistungsfähigkeit resultierte, abgesehen davon, dass die Urk. 290 und 292/1-75 im Hauptverfahren eingereicht wurden und es sich um eine 97-seitige Rechts- schrift mit 75 Beilagen handelt. Er substantiiert auch nicht, von welchen Wohnkos- ten die Parteien im Eheschutzurteil ausgegangen sind bzw. wie sich seine Wohnkosten mit dem Umzug gegenüber dem Eheschutzurteil verändert haben. Immer- hin wurde dem Gesuchsteller seinerzeit ein erweitertes Existenzminimum von Fr. 5'539.– angerechnet (Urk. 6/14/3 S. 5). Zudem ist im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen die Anrechnung (tieferer) hypothetischer Wohnkosten in Abwei- chung von den tatsächlichen zulässig (vgl. OGer ZH LY160002 vom 28.04.2016,

- 24 - E. 2.2.5;OGer ZH LZ180022 vom 29.03.2019, E. III.1.1.2). Auch bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes sind die Parteien nicht davon befreit, bei der Feststel- lung des entscheiderelevanten Sachverhalts im Sinne einer prozessualen Oblie- genheit aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeich- nen. Folglich tragen sie auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Verant- wortung für die Sachverhaltsermittlung (Sutter-Somm/Hostettler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 272 N 11). Mit anderen Worten gilt auch im Bereich der Offizial- und Untersuchungsmaxime die Mitwirkungspflicht der Parteien (BGE 140 I 285 E. 6.3.1), aufgrund der spezifischen Begründungspflicht von Art. 310 und Art. 311 Abs. 1 ZPO insbesondere im Rechtsmittelverfahren (BGE 137 III 617 E. 4.2.2 und 4.5.1; BGER 5A_947/2021 vom 24. März 2022, E. 4). Wie eingangs dargelegt, genügen pauschale Verweisungen nicht; ebenso können frühere Ein- gaben nicht zum "integrierenden" oder "integralen Bestandteil" der Berufung er- klärt werden, wie das der Gesuchsteller in anderem Zusammenhang vorträgt (Urk. 1 S. 30, S. 42).

E. 4.5

Der Gesuchsteller wiederholt, die Voraussetzungen für eine Abänderung des Eheschutzentscheides seien gegeben, nachdem die Kinder H._____ und G._____ seit dem 12. August 2021 ununterbrochen unter seiner Obhut lebten, was voraussichtlich auch in Zukunft der Fall sein werde (Urk. 2 S. 23). Mit Verfü- gung des Familiengerichts Muri vom 25. August 2021 wurde festgestellt, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht über G._____ und H._____ dem Gesuchsteller zu- steht und die Kinder bis auf weiteres beim Vater wohnen würden (Urk. 6/248 S. 8). Die Obhut zuteilung an den Gesuchsteller kann ein Indiz für eine wesentliche Veränderung darstellen. Es entbindet den Gesuchsteller aber nicht von einer de- taillierten Darlegung. Der Gesuchsteller setzt sich nicht rechtsgenügend mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander, was die finanziellen Verhältnisse im Zusammenhang mit der Obhut über die Kinder G._____ und H._____ angeht. Al- lein die Trennung von J._____ ist wenig aussagekräftig, da der Gesuchsteller im Zeitpunkt des Eheschutzurteils ebenfalls alleine gelebt hatte. Der Gesuchsteller moniert, im Zeitpunkt der Urteilsberatung am 11. Juli 2022 hätten sich die Kinder in seiner [alleinigen] Obhut befunden, so dass die Berechnung seines Bedarfes und desjenigen seiner Kinder ganz

anders aussehe (Urk. 1 S. 13). Er setzt sich -

- 25 - im Rahmen der Abänderungsvoraussetzungen - jedoch nicht mit der Tatsache auseinander, dass die mit der Geburt von G._____ anfallenden Veränderungen bereits mit Urteil vom 7. April 2020 der Vorinstanz beurteilt worden sind (Urk. 2 S. 31). Er äussert sich auch nicht zur Berechnung des von der Vorinstanz für H._____ angenommenen Betrages von Fr. 455.- (Urk. 2 S. 32) und zu der Tatsache, dass für beide Kinder ein Grundbetrag von Fr. 400.- eingerechnet wurde (Urk. 2 S. 25). Bei der Frage ob die Abänderungsvoraussetzungen erfüllt sind, ist vom Abänderungskläger aufzuzeigen, wie sich seine Leistungsfähigkeit seit dem Eheschutzurteil im Mai 2018 verändert hat. Dazu legt der Gesuchsteller keine konkrete Gegenüberstellung vor und setzt sich auch nicht mit der von der Vorinstanz angenommenen Leistungsfähigkeit von Fr. 8'320.70 (Urk. 2 S. 32) auseinander. Die Fremdbetreuungskosten werden unter dem Thema Abänderungsvoraussetzungen nicht thematisiert, aktuelle Rechnungen für die Kita-Betreuung bzw. die Betreuung durch die Grossmutter der Kinder im Berufungsverfahren nicht ins Recht gelegt, weshalb die Verhältnisse nicht liquide sind. Der Gesuchsteller kritisiert, bei korrekter Rechtsanwendung hätte die Vorinstanz sich mit dem Tatbestand der provisorischen Unterstellung der Kinder H._____ und G._____ ab dem 12. August 2021 auseinandersetzen und die Unterhaltsbeiträge im Sinne der gestellten Anträge herabsetzen müssen. Wie eingangs dargelegt, ist es nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die vorinstanzlichen Akten zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo vor Vorinstanz ausgeführt hat (vgl. E. II.1.1.).

E. 5

Ein Begehren um Abänderung von (Eheschutz-)Massnahmen kann nur eine Anpassung an die neuen Verhältnisse zum Inhalt haben, nicht aber eine neue Festsetzung des Unterhalts (BGer 5A_516/2013 vom 2. April 2014, E. 3.3). Im zweiten Teil seiner Rechtschrift nimmt der Gesuchsteller unter dem Titel "Unterhalt" eine Neuberechnung vor mit aktualisierten Zahlen (Urk. 1 S. 22 ff.). Er setzt somit voraus, dass er die Abänderungsvoraussetzungen rechtsgenügend aufgezeigt hat. Auch wenn das Verfahren der Official- und Untersuchungsmaxime unterliegt, ist nach dem Ausgeführten zu folgern, dass der rechtskundig vertretene Gesuchsteller mit seinen Rügen den vorinstanzlichen Entscheid, wonach es an der Wesentlichkeit des Abänderungsgrundes fehle, nicht rechtsgenügend zu entkräften vermag.

- 26 - 6.1 Am 21. Dezember 2022 liess der Gesuchsteller einen neuen Arbeitsvertrag ins Recht legen mit einer Reduktion des Beschäftigungsgrades von 100 % auf 80 % ab 1. Januar 2023 (Urk. 20). Die Gesuchsgegnerin beanstandet, beim eingereichten Schreiben der F._____ handle es sich nicht um einen Arbeitsvertrag, da der Gesuchsteller das Schreiben nicht unterzeichnet habe. Es sei daher nicht belegt, dass der Gesuchsteller ab dem 1. Januar 2023 nur noch zu 80 % erwerbstätig sein würde. Abgesehen davon wäre der Gesuchsteller diese Reduktion freiwillig eingegangen, obwohl es ihm unverändert zumutbar wäre, ein Vollzeitpensum zu leisten (Urk. 22). Am 25. Januar 2023 reichte der Gesuchsteller die Salärabrechnung Januar 2023 zu den Akten, welche ein 80 %-Pensum ausweist (Urk. 27/4). 6.2 In der Berufungsschrift vom 16. September 2022 führt der Gesuchsteller aus, er wolle ab der definitiven Zuteilung der Obhut von H._____ und G._____ respektive ab dem 1. Januar 2023 maximal in einem 80 %-Pensum arbeiten (Urk. 1 S. 26). Gemäss einer Telefonnotiz der erstinstanzlichen RichterIn vom 13. September 2022 informierte die RechtsvertreterIn des Gesuchstellers das Gericht, dass das Verfahren

betreffend Zuteilung der Obhut über G._____ und H._____ noch nicht erledigt, weshalb nach wie vor unklar sei, ob der Gesuchsteller die Obhut über die beiden Kinder behalten werde oder nicht (Prot. I S. 172). Bis Mitte Februar 2023 (Eröffnung der Urteilsphase; Urk. 31), reichte der Gesuchsteller keinen Entscheid des Familiengerichts Muri ins Recht, der sich zur Frage der definitiven Obhutzuteilung ausspricht. In seiner Rechtsschrift verknüpft der Gesuchsteller die definitive Unterstellung der Kinder unter seine Obhut mit der Reduktion seines Beschäftigungsgrades ("Sollten dem Berufungskläger die Kinder G._____ und H._____ definitiv unter die Obhut gestellt werden, mithin spätestens ab dem 1. Januar 2023, wird er die Betreuung jeweils am Mittwoch übernehmen wollen." [Urk. 1 S. 34]). Nun zeigt sich, dass er ohne definitiven Entscheid seitens des Familiengerichts Muri sein Arbeitspensum reduziert hat. Er reicht die von ihm nicht unterzeichnete Vereinbarung als neue Tatsache ein, ohne sich konkret dazu zu äussern, insbesondere auch nicht zum Bonusanteil, den die Vorinstanz aufgerechnet hat (Urk. 2 S. 31 f.) und wozu weder der Vereinbarung (Urk. 20) noch der Lohnabrechnung Januar 2023 (Urk. 27/4) etwas zu entnehmen

- 27 - ist. Er verweist zwar auf seine Ausführungen in der Berufungsschrift (Urk. 19). Allerdings fehlt darin, wie aufgezeigt, eine Auseinandersetzung mit der von der Vorinstanz angenommenen Leistungsfähigkeit, weshalb das Kriterium der Wesentlichkeit nicht schlüssig behauptet ist. Eine Abänderung ist den auf eine gewisse Dauer angelegten Tatsachen vorbehalten. Die erhebliche Veränderung muss nicht definitiv sein, aber eine gewisse Dauer aufweisen, damit sie im Rahmen einer Abänderung geltend gemacht werden kann (OGer ZH LC180039 vom 04.07.2019, E. 1.5). Das tiefere Einkommen ist für sich allein nicht liquide und liegt erst zwei Monate zurück, weshalb es - selbst wenn die Pensumsreduktion als Abänderungsgrund zu berücksichtigen wäre - an den weiteren Abänderungsvoraussetzungen fehlt. Dazu kommt, dass der Alimentenschuldner alles in seiner Macht Stehende zu tun hat und insbesondere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen muss, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. In diesem Umfang ist der Unterhaltsverpflichtete in seiner Lebensgestaltung eingeschränkt, weil dasjenige Einkommen zu erzielen ist, das mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen tatsächlich erzielt werden kann (vgl. BGE 147 III 265 E. 7.4; BGer 5A_98/2016 vom 25. Juni 2018, E. 3.6). Sollte der Obhutsentscheid anders ausfallen, müsste der Gesuchsteller sein Pensum ohnehin wieder auf 100 % aufstocken.

E. 7

Nach dem Gesagten dringt der Gesuchsteller mit seinen Rügen gegen den vorinstanzlichen Entscheid nicht durch. Bei diesem Ausgang sind auch die Eventualanträge abzuweisen. Die Berufung ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und die angefochtene Verfügung, einschliesslich der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 2 S. 35 Dispo.-Ziffern 7 und 8), ist zu bestätigen. Ohnehin ist Berufungsantrag Ziffer 7 nicht begründet und könnte auch auf Berufungsantrag Ziffer 8 nicht eingetreten werden, da es an einem konkret bezifferten Antrag fehlt. Dass Parteientschädigungen nach kantonalen Tarifen zugesprochen werden (Art. 96 ZPO), entbindet die Parteien zwar von der Stellung bezifferter entsprechender Begehren für das laufende Verfahren, nicht jedoch von der Stellung bezifferter Begehren für ein bereits abgeschlossenes vorinstanzliches Verfahren. Aus dem Rechtsmittelantrag muss sich genau ergeben, wie der angefochtene Entscheid stattdessen zu lauten hätte. Der Berufung lässt sich nicht entneh-

- 28 - men (weder aus den Anträgen noch aus der Begründung), welche Parteientschädigung der Gesuchsteller als angemessen erachtet, weshalb in diesem Punkt auf die Berufung nicht einzutreten wäre. IV. 1. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsteller kosten- und entschädigungspflichtig, einschliesslich der noch festzusetzenden Kosten der Kindesvertretung. Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 4'000.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2, § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 9 und § 11 Abs. 1 bis 3 AnwG ebenso auf Fr. 4'000.– zuzüglich 7.7 % MwSt. festzulegen.

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