

# ZH\_OBERGERICHT LY230023 vom 16. November 2023

ZH Obergericht, 2023-11-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY230023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY230023)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY230023 du 16 novembre 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LY230023 del 16 novembre 2023

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien haben am tt.mm.2016 geheiratet. Aus der Ehe gingen zwei Kin- der hervor: C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2016, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2018 (Urk. 7/6). Seit dem 4. März 2021 ist das Scheidungsverfahren der Par- teien hängig (Urk. 7/1). Anlässlich der Anhörung und Vergleichsverhandlung vom 9. Juni 2021 schlossen die Parteien über die Betreuung der beiden gemeinsamen Kinder und den Unterhalt eine Vereinbarung für die Dauer des Verfahrens (Urk. 7/18; Prot. I S. 4 f.). Nachdem diese Vereinbarung mit Verfügung vom 11. Juni 2021 gerichtlich genehmigt worden war (Urk. 7/19), schlossen die Parteien an der Fortsetzung der Vergleichsgespräche am 28. Oktober 2021 eine weitere Vereinbarung für die Dauer des Verfahrens ab, mit welcher die Unterhaltsvereinba- rung vom 9. Juni 2021 abgeändert wurde (Urk. 7/31; Prot. I S. 8 f.). Diese Verein- barung wurde mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 genehmigt (Urk. 7/34). Am 10. Oktober 2022 stellte der Kläger, Gesuchsteller und Berufungsbeklagte ("Klä- ger") ein Gesuch um den Erlass vorsorglicher Massnahmen und beantragte unter

- 6 - anderem die Anpassung der Unterhaltszahlungen (Urk. 7/83). Im Übrigen kann hin- sichtlich der Prozessgeschichte auf die vorinstanzliche Verfügung verwiesen wer- den (Urk. 2 S. 3 ff.).

### E. 1.1

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Fest- stellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungs- instanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache und folglich über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einsch- liesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_1049/2019 vom 25. August 2021, E. 3).

### E. 1.2

In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinrei- chend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den ange- fochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, respektive an einem der ge- nannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Das setzt

- 7 - (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass die Berufung erhebende Partei die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfiacht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genü- gend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Be- hauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, bezie- hungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374

E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Von der Berufungsinstanz kann nicht erwartet werden, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Berufungsbegründung geeignet sein könnten (OGer ZH NP220014 vom 16.11.2022, E. II.1, S. 5; BGer 5A\_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.4). Das obere kantonale Gericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Dabei ist die Rechtsmittelinstanz weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Diese Grundsätze gelten auch im Bereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_800/2019 vom 9. Februar 2021, E. 5.1 nicht publ. in BGE 147 III 301). Auf die Parteivorbringen ist insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1).

### **E. 1.3**

Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – statuiert Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO den Untersuchungs- und Officialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien zudem im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel uneingeschränkt vorbringen; Art. 317 Abs. 1 ZPO kommt nicht zum Tragen (BGE 147 III 301 E. 2.2; BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

- 8 -

### **E. 1.4**

Nicht angefochten wurden Dispositiv-Ziffern 1-3 (prozessuale Anordnungen) und die Dispositiv-Ziffer 4 (Obhut). Diese Ziffern sind in Rechtskraft erwachsen (Art. 315 Abs. 1 ZPO), was vorzumerken ist. 2. Anträge des Klägers

### **E. 2**

Mit Eingabe vom 8. Juli 2023 erhob die Beklagte, Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin ("Beklagte") innert Frist (vgl. Urk. 7/142/2) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 1; Urk. 4; Urk. 5/2, 5/4-16). Nachdem mit Verfügung vom 11. Juli 2023 einstweilen aufschiebende Wirkung erteilt worden war (Urk. 6), wurde nach der Stellungnahme des Klägers (Urk. 8) mit Verfügung vom tt.mm.2023 teilweise aufschiebende Wirkung gewährt (Urk. 10). Mit Verfügung vom 30. August 2023 wurde Frist zur Einreichung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 11) und mit Eingabe vom 6. September 2023 erstattete der Kläger diese fristgerecht (Urk. 12). Mit Beschluss vom 19. September 2023 wurden die Gesuche beider Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen und der Beklagten das Doppel der Berufungsantwort zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 13). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

#### **E. 2.1**

Der Kläger beantragt, es sei der Antrag auf Anpassung der Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung abzuweisen (Urk. 12 S. 2 und Urk. 8 S. 2, sinngemäss).

#### **E. 2.2**

Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben auszulegen, das heisst so, wie sie unter Berücksichtigung aller Umstände aufgefasst werden dürfen (Art. 52 ZPO; BGer 5A\_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 4.3 nicht publ. in BGE 146 III 203; KUKO ZPO-Oberhammer/Weber, Art. 52 N 7a).

### **E. 2.3**

Die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 26. April 2023 wurde nicht angefochten. Die Berufung richtet sich gegen die Dispositiv-Ziffer 5, mit welcher die Dispositiv-Ziffer 1 der weiteren Verfügung vom 14. Dezember 2021 aufgehoben und ersetzt wurde (Urk. 1 S. 2; Urk. 2 S. 27). Es erscheint mit Blick auf die Begründung klar (Urk. 12 S. 3 f.), dass der Kläger die Abweisung der Anpassung der Dispositiv-Ziffer 5 beantragen wollte und diese versehentlich und bezugnehmend auf die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 14. Dezember 2021 als Dispositiv-Ziffer 1 bezeichnete. Es ist davon auszugehen, dass der Kläger die Abweisung der Anpassung der Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Entscheids beantragt.

### **E. 3**

Abänderung Kinderunterhaltsbeiträge

#### **E. 3.1**

Abänderungsobjekt bildet die mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 genehmigte Vereinbarung vom 28. Oktober 2021 (Urk. 7/34; Urk. 7/31 = Urk. 5/4), mit welcher die mit Verfügung vom 11. Juni 2021 genehmigte Unterhaltsvereinbarung vom 9. Juni 2021 abgeändert wurde (Urk. 7/18 = Urk. 5/5; Urk. 7/19). In der am 14. Dezember 2021 genehmigten Vereinbarung vom 28. Oktober 2021 sahen die Parteien ab November 2021 Unterhaltszahlungen von monatlich Fr. 2'868.– für die Beklagte und die Kinder vor (Urk. 7/34; Urk. 7/31). Die Parteien hielten fest, dass der Kläger berechtigt sei, eine Abänderung der Vereinbarung zu verlangen, sollte

- 9 - sich sein Mietzins infolge des beabsichtigten Umzugs zurück nach E.\_\_\_\_\_ auf über Fr. 1'800.– pro Monat erhöhen (Urk. 7/31). Diese Vereinbarung basierte auf den Einkommen und Bedarfswerten, die sich aus einem zu den Akten genommenen Auszug des Unterhaltsrechners ergeben (Urk. 7/30).

#### **E. 3.2**

Das Vorgehen der Vorinstanz, einen Abänderungsgrund aufgrund des Vorbehalts in der Vereinbarung vom 28. Oktober 2021 zu bejahen und die bis anhin vergleichsweise – und ohne genaue Aufteilung zwischen Kinder- (Bar- und Betreuung-) und Ehegattenunterhalt – vereinbarten Unterhaltszahlungen im Rahmen der Abänderung neu zu beurteilen und festzusetzen (Urk. 2 S. 14, S. 17), wurde von den Parteien nicht kritisiert und ist nicht zu beanstanden (BGE 137 III 604 E. 4.1 zuletzt bestätigt in BGer 5A\_874/2019 vom 22. Juni 2020, E. 3.2; FamKomm Scheidung/Aeschlimann, Art. 286 ZGB N 14; vgl. zudem BGE 142 III 518 E. 2.6).

### **E. 4**

Arbeitspensum der Beklagten

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz erwog, der Vereinbarung vom 28. Oktober 2021 sei ein monatliches Einkommen von Fr. 1'793.– (inkl. Anteil 13. Monatslohn) zugrunde gelegt. Das

tatsächlich erzielte Einkommen der Beklagten habe sich bis Oktober 2022 nicht wesentlich verändert; sie erziele seit März 2022 ein monatliches Nettogehalt von Fr. 1'836.– (inkl. Anteil 13. Monatslohn). Es könne indessen nicht auf ihr effektiv erzielt Einkommen abgestellt werden, sondern ihr sei ein höheres Einkommen anzurechnen (Urk. 2 S. 18). Die Beklagte habe – so die Vorinstanz weiter – bereits während des Zusammenlebens trotz damals noch nicht schulpflichtigen Kindern gearbeitet. Spätestens ab dem 1. Mai 2020 habe sie die aktuelle Anstellung bei der F. \_\_\_\_\_ innegehabt, damals mit einem Pensum vom 24.39 %, welches per 1. September 2021 auf 48.78 % erhöht worden sei. Die Parteien hätten sich in den ersten Monaten des Jahres 2021 zur Trennung entschlossen und der Kläger habe am

#### **E. 4.2**

Die Beklagte rügt, eine Ausdehnung des Arbeitspensums sei weder möglich noch zumutbar. Zum einen sei eine Arbeitstätigkeit während der Schulzeiten der Kinder aus logistischen und arbeitstechnischen Gründen nicht möglich. Zum anderen wäre, wenn eine Arbeitsaufnahme jede zweite Woche an den betreuungsfreien Montagen und Donnerstagen in Betracht gezogen würde, höchstens eine Pensumserhöhung auf rund 57 % möglich (Urk. 1 Rz. 4.2). Zudem ignoriere die Vorinstanz die Entwicklung in der Betreuungssituation seit einem Jahr. Die Beklagte übernehme aufgrund der Verweigerung der Kinder, den Kläger zu besuchen, regelmässig die Betreuung der Kinder während dessen Betreuungszeiten. Dies habe zu Kollisionen mit ihrer Arbeitstätigkeit und einer Verwarnung seitens ihres Arbeitgebers geführt. Es sei nicht absehbar, wie sich die Betreuungssituation ent-

-wickeln werde. Solange das Verhältnis zwischen den Kindern und dem Kläger beeinträchtigt sei, die Kinder sich den Besuchen verweigern würden und keine stabile Betreuungssituation vorliege, könne ihr eine Ausdehnung ihres Arbeitspensums nicht zugemutet werden (Urk. 1 Rz. 4.3). Eine Erhöhung und die damit verbundene Einschränkung der Betreuungsleistung durch die Beklagte sei nicht mit dem Kindeswohl vereinbar (Urk. 1 Rz. 4.4).

#### **E. 4.3**

Der Kläger trägt vor, die Beklagte habe nicht dargelegt und belegt, dass eine Ausweitung des Arbeitspensums nicht möglich sei. Von ihm werde ein 100 %-Pensum gefordert und umgesetzt, weshalb nicht ersichtlich sei, inwiefern der Beklagten keine Ausweitung möglich sei. Die Beklagte arbeite in einem Sektor, in dem es zahlreiche Stellen gebe, welche einen Einsatz am Sonntag ermöglichen, sodass sie grundsätzlich an jedem zweiten Sonntag arbeiten könne. Weiter habe die Beklagte keine Suchbemühungen vorgelegt (Urk. 12 Rz 4). Die Entwicklung der Betreuungssituation sei nicht ignoriert worden; es zeige sich insbesondere im laufenden Jahr, dass die Beklagte wiederholt versuche, die Kinder von Besuchen abzuhalten. Die Übernahme von mehr Betreuung durch die Beklagte hänge nicht damit zusammen, dass dies beim Kläger nicht funktioniere, sondern damit, dass die Beklagte versuche, die Kinder an sich zu binden und vom Kläger zu entfremden. Ihr ein tieferes Pensum zuzusprechen – so der Kläger weiter –, würde bedeuten, die Beklagte in ihrem Verhalten zu bestätigen (Urk. 12 Rz 5).

#### **E. 4.4**

Beide Elternteile sorgen gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, in Form von Pflege, Erziehung und Geldzahlung für den Unterhalt der Kinder (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZGB). Es

entspricht einem allgemeinen Grundsatz im Unterhaltsrecht, dass eine vorhandene Arbeitskapazität umfassend auszuschöpfen ist (BGE 147 III 265 E. 7.4). Geht es um Kinderunterhalt – insbesondere im Verhältnis zu unmündigen Kindern (BGer 5A\_90/2017 vom 24. August 2017, E. 5.3.1) – und liegen enge wirtschaftliche Verhältnisse vor, besteht eine besondere Anstrengungspflicht (BGE 147 III 265 E. 7.4). Schöpft ein Elternteil seine Erwerbskraft nicht voll aus, so kann ihm ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGer 5A\_743/2017 vom 22. Mai 2019, E. 5.3.2 m.w.H. insb. auf BGE 143 III 233 E. 3.2). Das Schulstufenmodell, das dem obhuts-

- 12 - berechtigten Elternteil ab Beginn der obligatorischen Schulzeit des jüngsten Kindes eine Erwerbsarbeit von 50 % grundsätzlich als zumutbar erachtet (BGE 144 III 481 E. 4.7.6), ist auf den Fall der alleinigen Obhut eines Elternteils zugeschnitten; bei einer alternierenden Betreuung dürfte ein höheres Mindestpensum erwartet werden (OGer ZH LZ230009 vom 25.05.2023, E. III.C.2.1, S. 16). Eltern sind zudem nach ihren jeweiligen Kräften gleich zu behandeln (Affolter, Das hypothetische Einkommen im Familienrecht – ein Überblick, in: AJP 2020, S. 837).

#### **E. 4.5**

Die Parteien einigten sich in der Vereinbarung vom 9. Juni 2021 (Urk. 7/18), welche am 11. Juni 2021 genehmigt wurde (Urk. 7/19), auf folgende ab Beginn des Schuljahres 21/22 geltende Betreuungsregelung: Der Kläger betreut die beiden Kinder jede zweite Woche von Donnerstag Schulbeginn (C.\_\_\_\_\_) bzw. 8.15 Uhr (Abholung D.\_\_\_\_\_) bis am Montag 19.00 Uhr (bereits verpflegt) (Urk. 7/18 f.). Die Kinder werden damit im Verhältnis von zwei Dritteln von der Beklagten und von einem Drittel vom Kläger betreut (vgl. Urk. 2 S. 19), wobei beide Parteien bei der Betreuung auf die Unterstützung ihrer Mütter zurückgreifen (Prot. I S. 31, S. 38).

#### **E. 4.6**

Zuerst ist auf die Rüge einzugehen, wonach die Beklagte aufgrund der Verweigerung der Kinder, den Kläger zu besuchen, regelmässig die Betreuung während dessen Betreuungszeiten übernehmen müsse und es ihr deshalb unmöglich sei, mehr zu arbeiten (Urk. 1 Rz. 4.3 f.). Auf die blosser Wiederholung von bereits vor der Vorinstanz behaupteten Vorkommnissen – welche nichts mit verkürzten oder ausgefallenen Betreuungszeiten des Klägers zu tun haben – ist nicht einzugehen (Urk. 1 Rz. 3.6). Weiter ist festzuhalten, dass sich die Beklagte darauf beschränkt, pauschal zu behaupten, sie müsse regelmässig die Betreuung übernehmen und ab Mai 2023 hätten die Kinder nicht mehr zum Kläger auf Besuch gehen wollen (Urk. 1 Rz. 3.8, 4.3). Wie häufig eine Weigerung der Kinder, zum Kläger zu gehen, effektiv vorkommt, blieb unsubstantiiert. Damit kommt die Beklagte ihrer Begründungspflicht nicht nach (vorne Erw. II.1.2). Die Rüge wäre bereits aus diesem Grund abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden könnte. Es ist zudem festzuhalten, dass die Betreuungsregelung nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens ist. Dass sich die Beiständin in ihren Berichten vom 21. Dezember 2022 und 30. Januar 2023 für eine Beibehaltung des aktuellen Betreuungsmodells und

- 13 - gegen eine weitere Ausweitung zu einer wochenweisen alternierenden Betreuung aussprach (Urk. 7/108 = Urk. 5/16 S. 5; Urk. 7/112 = Urk. 5/9; vgl. Urk. 7/109 f.), ist für das vorliegende Rechtsmittelverfahren nicht von Bedeutung (vgl. Urk. 1 Rz. 3.7). Anders als die Beklagte andeutet (Urk. 1 Rz. 4.3), äussert sich die Beiständin in ihren Berichten

auch nicht zur Arbeitstätigkeit der Beklagten.

#### **E. 4.7**

Der Vollständigkeit halber ist inhaltlich festzuhalten, dass beide Parteien an der Verhandlung vom 27. September 2022 noch bestätigten, dass die Betreuung seit rund einem Jahr so laufe, wie vereinbart (Prot. I S. 30, S. 36-38). Am 12. Dezember 2022 war dann die Rede davon, dass D.\_\_\_\_\_ sich "ab und zu" weigere, den Kläger zu besuchen (Urk. 7/104 S. 8; vgl. Urk. 7/122 Rz. 8). Und anlässlich der Verhandlung vom 19. April 2023 liess die Beklagte ausführen, die Kinder würden die Besuche "regelmässig" verweigern (Urk. 7/123 S. 10). Die Betreuung soll damit nach Darstellung der Beklagten nach rund eineinhalb Jahren nicht mehr funktionieren. Konkret wurden folgende Vorfälle behauptet: Am 15. Juni 2023 sei C.\_\_\_\_\_ weinend und zitternd nach Hause gekommen; er habe richtig Angst gehabt, weil der Beklagte und seine Mutter auf ihn gewartet hätten wie Polizisten (Urk. 5/14). Am 1. Juni 2023 sowie an Ostern 2023 habe es eine Besuchsverweigerung gegeben (Urk. 5/11; Prot. I S. 56; vgl. Urk. 7/123 S. 10 f.; Urk. 7/124/1). Im Dezember 2022 habe D.\_\_\_\_\_ nicht mit dem Kläger und ihrer Grossmutter kommunizieren wollen, wobei die Situation vom Kläger habe aufgelöst werden können (Urk. 7/104 S. 7; Urk. 7/105/2). In ihrem Bericht vom 30. Januar 2023 hielt die Beiständige G.\_\_\_\_\_ fest, D.\_\_\_\_\_ habe verlangt, während der Zeit beim Kläger zur Beklagten zurückzukehren. Dies sei einmal passiert, als sie krank gewesen sei, was dann auch gewährt worden sei. Mindestens einmal habe sie den Besuch beim Kläger gänzlich verweigert (Urk. 7/112). In einem undatierten Brief schreibt D.\_\_\_\_\_, sie wolle nicht zum Kläger, weil er immer sage, dass sie in den Ferien nach Serbien gehen würden. Weiter schreibt sie, sie wollten nicht zu ihm, weil er sie auf den Popo schlage. Das hätten sie [die Kinder] nicht gerne (Urk. 5/13). Im Berufungsverfahren führte die Beklagte aus, die Situation verschlechtere sich seit dem Bericht der Beiständigen vom 30. Januar 2023 zusehends. Sie hätten zudem gegenüber der Beiständigen und der Kinderärztin berichtet, dass es seitens des Klägers regelmässig zu körperlichen Übergriffigkeiten komme (Urk. 1 Rz. 3.7; Urk. 5/10). Die Beiständige

- 14 - habe der Beklagten empfohlen, die Kinder sollten dem Kläger einen Brief schreiben, um zu erklären, weshalb sie nicht mehr zu ihm auf Besuch kommen wollten (vgl. Urk. 5/12). Die Beiständige habe auch versucht, die verschlechterte Betreuungssituation durch das Einsetzen einer Familienbegleitung für die Übergaben zu verbessern, was der Kläger zunächst verweigert habe. Er erhöhe auch den Druck auf die Kinder, sodass diese zunehmend verstört seien. Am 19. August 2023 werde die Beiständige mit den Kindern sprechen und anschliessend werde ein Elterngespräch stattfinden (Urk. 1 Rz. 3.7, Rz. 4.3). Der Kläger trug zu den Vorwürfen vor, die sich drastisch verschlechternde Situation sei dem manipulativen Verhalten der Beklagten zuzuschreiben. Die Parteien hätten inzwischen einer sozialpädagogischen Familienbegleitung zugestimmt, um die Spannungen in Angriff zu nehmen. Bis zum Erhalt des Entscheids über die vorsorglichen Massnahmen beziehungsweise bis zur Verhandlung vor der Vorinstanz, in welcher der Richter den Parteien einen Vergleichsvorschlag unterbreitet hatte, mit dem Hinweis, dass ein Urteil gleich lauten würde, hätten die Betreuungswochenenden reibungslos funktioniert (Urk. 8 Rz. 12). Die Weigerung der Kinder, zum Kläger zu gehen, habe glücklicherweise wieder beseitigt werden können. Inzwischen – so der Kläger am 18. Juli 2023 – fänden die Besuche wieder statt, wenn auch zurzeit noch verkürzt (Urk. 8 Rz. 14). Insbesondere im laufenden Jahr habe die Beklagte wiederholt versucht, die Kinder davon abzuhalten, den Kläger zu besuchen. Nachdem als Reaktion auf den Brief der Kinder Ende Juli 2023 ein Gespräch mit der

Beiständin stattgefunden habe, habe sich herausgestellt, dass die Kinder sehr wohl gerne nach Serbien gehen würden und sich auf die Ferien freuten. Nach den Ferien sei D. \_\_\_\_\_ von der Mutter direkt vor dem Kindergarten abgefangen worden, sodass sie nicht zur Grossmutter und anschliessend zum Kläger habe gehen können (Urk. 12 Rz. 5).

#### **E. 4.8**

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass eine Intensivierung des Konflikts um den Zeitpunkt der letzten Verhandlung vom 19. April 2023 (vgl. Prot. I S. 53) sowie nach dem Erlass der angefochtenen Verfügung am 26. April 2023, die gleichzeitig wie das Scheidungsurteil erging (Urk. 7/135), nicht unwahrscheinlich erscheint, hat doch auch die Beiständin vermutet, dass das Gerichtsverfahren zu einer Zunahme der Konfliktintensität beitrage (Urk. 7/108 S. 4). Dies zeigen auch zwei sich in den Vorakten befindende Telefonnotizen, die vor dem Versand, aber nach dem Erlass

- 15 - der strittigen Verfügung entstanden: Am 15. Mai 2023 kontaktierte die Beiständin das Gericht, um mitzuteilen, sie habe Kontakt zur Kinderärztin Dr. H. \_\_\_\_\_ gehabt. Die Kinder hätten ihr gegenüber geäussert, dass der Kläger sie züchtige, ihnen einen Klaps auf den Hintern gebe. C. \_\_\_\_\_ habe zudem mitgeteilt, dass der Kläger beim Hausaufgabenmachen Druck auf ihn ausübe. Dr. H. \_\_\_\_\_ wolle den Kläger nun zu einem Gespräch einladen. Die Beiständin führte weiter aus, ein Coaching für den Kläger als ratsam zu erachten. Zudem habe sie die Eltern auf den 17. Mai 2023 zu einem Gespräch eingeladen und werde dort das Thema einer Familienbegleitung aufbringen (Urk. 125). Anlässlich eines weiteren Telefonats am 12. Juni 2023 erklärte die Beiständin, sie habe den Parteien eine Familienbegleitung empfohlen. Zudem habe sie die Kinderärztin Dr. H. \_\_\_\_\_ darum gebeten, direkt beim Gericht eine Gefährdungsmeldung einzureichen, falls sie das Kindeswohl als gefährdet erachte (Urk. 133). Eine solche ging soweit ersichtlich nicht ein. Zu den sich seit Erlass der angefochtenen Verfügung zugetragenen Vorkommnissen ist festzuhalten, dass der Kläger die von Dr. H. \_\_\_\_\_ geschilderten Übergriffigkeiten im vorliegenden Verfahren nicht bestritt (vgl. Urk. 8; Urk. 12). Es blieb aber auch unbestritten, dass die Situation nach dem von D. \_\_\_\_\_ verfassten Brief Ende Juli 2023 vor den Ferien mithilfe der Beiständin geklärt werden konnte (vgl. Urk. 12 Rz. 5). Zudem haben die Parteien übereinstimmend vorgetragen, die von der Beiständin empfohlene Familienbegleitung solle installiert werden (Urk. 1 Rz. 3.7; Urk. 8 Rz. 12). Es ist davon auszugehen, dass diese Begleitung helfen wird, die Wechsel zwischen den Parteien reibungsloser zu gestalten und allfälligen Verweigerungen entgegenzuwirken. Auch ist davon auszugehen, dass die Beklagte nach der einmaligen Verwarnung ihrer Arbeitgeberin vom 16. Juni 2023, in welcher festgehalten wurde, es sei immer wieder vorgekommen, dass sie aus privaten Gründen später zur Arbeit erschienen sei oder früher habe nach Hause gehen wollen (Urk. 5/15), mithilfe der Unterstützung der Familienbegleitung in der Lage sein wird, ihre Arbeitszeiten einzuhalten. Ergänzend ist festzuhalten, dass aus der Verwarnung hervorgeht, dass nicht nur die Abwesenheiten beanstandet wurden, sondern auch das Verhalten der Beklagten (Urk. 5/15; vgl. Urk. 8 Rz. 14). Letzteres hat keinen erkennbaren Zusammenhang mit der Kinderbetreuung. Für eine Gefährdung des Kindeswohls gibt es, entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 1 Rz. 3.8, Rz. 4.3 f.), keine Hinweise (vgl. Urk. 7/132 f.). Vielmehr wurde der Situation mit der Installation

- 16 - einer Familienbegleitung begegnet, die eine eher niederschwellige Unterstützungsmassnahme darstellt. Der Beklagten kann nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, sie

könne ihre Arbeitstätigkeit wegen der Betreuungssituation nicht ausbauen. Die Rüge der Beklagten scheiterte damit auch dann, wenn sie inhaltlich beurteilt würde.

#### **E. 4.9**

Im Rahmen ihrer zweiten Rüge macht die Beklagte geltend, eine Arbeitstätigkeit jede zweite Woche an den betreuungsfreien Montagen und Donnerstagen würde – entgegen der Annahme der Vorinstanz – zu einem Pensum von höchstens 57 % führen (Urk. 1 Rz. 4.2). Sie argumentiert, eine Erhöhung um zusätzliche vier Arbeitstage pro Monat und damit eine Erhöhung auf insgesamt zwölf Arbeitstage ergebe ausgehend von einem monatlichen Regularbeitspensum von 21 Tagen ein mögliches Arbeitspensum von 57 % (Urk. 1 Rz. 3.5). Diese Argumentation geht von der falschen Prämisse aus, dass ein 100 %-Pensum stets den üblichen 21 Arbeitstagen pro Monat entspricht. Vorliegend ist aber unbestritten, dass die von der Beklagten aktuell geleisteten acht Arbeitstage pro Monat (jede Woche jeweils freitags und samstags) einem Pensum von 48.78 % entsprechen (Urk. 7/27/1; Prot. I S. 38; Urk. 2 S. 19). Die Beklagte leistet damit die vertraglich vorgesehenen 20 Stunden pro Woche (Urk. 7/27/1) an zwei Arbeitstagen, an welchen sie lange Schichten, jeweils von 6.30 Uhr bis 18.30 Uhr, leistet (Prot. I S. 38; vgl. auch Urk. 7/12/6). Eine Erhöhung um vier den aktuellen Einsatzzeiten entsprechende Arbeitstage (jede zweite Woche an den betreuungsfreien Montagen und Donnerstagen) würde damit zu einer Pensumserhöhung auf rund 75 % (80 aktuell geleistete Stunden pro Monat [20 Stunden/Woche x 4 Wochen] entsprechen 48.78 %, womit 40 zusätzliche Stunden [zwei Tage jede zweite Woche] und insgesamt 120 Stunden einem Pensum von 73.17 % entsprechen). Der Rüge der Beklagten kann damit nicht vorbehaltlos gefolgt werden.

#### **E. 4.10**

Dennoch erscheint fraglich und ist zu prüfen, in welchem Umfang eine Pensumserhöhung zumutbar und möglich ist. Der Kläger arbeitet in einem 100 %-Pensum und übernimmt die Kinderbetreuung zu rund einem Drittel, was einer alternierenden Betreuung nahekommt (FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 298 ZGB N 6a). Er nimmt überobligatorische Arbeitsanstrengungen auf sich, was auf-

- 17 - grund des von ihm erwirtschafteten hohen Einkommens (vgl. unten Erw. II.6.1), im Interesse der Kinder liegt (vgl. BGer 5A\_637/2018 vom 22. Mai 2019 E. 4.3). Auch der Beklagten, die unbestrittenermassen bereits vor dem Kindergarteneintritt des jüngsten Kindes in einem 50 %-Pensum gearbeitet hatte (Urk. 2 S. 19), können bei dieser Ausgangslage zusätzliche Arbeitsanstrengungen zugemutet werden. Auch sie hat sich so auszurichten, dass sie ihre Arbeitskapazität maximal ausschöpfen kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es der Beklagten angesichts der Betreuungsaufgaben, welche sie am Donnerstagsmorgen bis Schul-/Kindergartenbeginn sowie am Montag ab 19.00 Uhr übernimmt (Urk. 7/18 f.), weder möglich ist, am Donnerstagsmorgen vor 8 Uhr noch am Montagabend bis kurz vor 19.00 Uhr zu arbeiten. Dies steht langen Schichten, wie sie die Beklagte aktuell leistet, entgegen. Diese Überlegungen gelten auch für eine Pensumserhöhung auf 70 %, die anstelle von 40 zu 35 zusätzlichen Stunden (48.78 % = 80 Stunden | 70 % = 115 Stunden) führt. Weiter ist dem Kläger zwar zuzustimmen, dass die Beklagte in einem Sektor arbeitet, in welchem Sonntagsarbeit möglich ist (Urk. 12 Rz. 4). Diesbezüglich ist aber zu berücksichtigen, dass sich die zur F.\_\_\_\_\_ gehörenden Filialen, die gemäss Online-Recherche am Sonntag geöffnet sind, auf den Raum der Stadt Zürich beschränken und aufgrund der kleinen Anzahl Filialen nicht von vornherein davon

ausgegangen werden kann, dass die Beklagte ohne Weiteres eine Stelle findet, welche ihr einen Einsatz jeden zweiten Sonntag ermöglicht. Auch ist überzeugend, dass die Übernahme einer Schicht und damit eine Arbeitstätigkeit während der Schulzeiten der Kinder aufgrund der Betreuung vor und nach der Schule sowie über Mittag für die Beklagte nicht möglich ist (Urk. 1 Rz. 4.2 i.V.m. Rz. 3.4 f.; vgl. Urk. 5/6 f.). Hingegen ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte bei einem der grössten Detailhändler der Schweiz angestellt ist, der zahlreiche Filialen, auch in der Nähe des Wohnortes der Beklagten, führt. Falls eine Aufstockung ihres Pensums in ihrer aktuellen F.\_\_\_\_-Filiale in I.\_\_\_\_ nicht möglich sein sollte, wäre die Beklagte gehalten, sich bei einer anderen Filiale zu bewerben. Insgesamt erscheint unter Berücksichtigung dieser Faktoren eine Pensumserhöhung auf 60 % als zumutbar und möglich. Weshalb die tatsächlichen Begebenheiten auf dem Arbeitsmarkt und die Tätigkeit der Beklagten bei der F.\_\_\_\_-Filiale I.\_\_\_\_ eine Pensumserhöhung verunmöglichen würden, legt die Beklagte nicht dar (Urk. 1 Rz. 3.4). Auch die – ohnehin bestrittene – Behauptung, die im Sommer 2021 verwirklichte

- 18 - Aufstockung des Pensums auf 50 % habe sich nur per Zufall ergeben, nachdem die Beklagte oft nachgefragt habe und dies vorher nicht möglich gewesen sei (Urk. 7/44 Rz. 51; Urk. 7/75 Rz. 34), ändert nichts an dieser Einschätzung. Es ist an der Beklagten, sich um eine Aufstockung zu bemühen (vgl. Prot. I S. 42).

#### **E. 4.11**

Die Beklagte verdient mit einem Pensum von 48.78 % aktuell unbestrittenermassen Fr. 1'836.– (inkl. Anteil 13. Monatslohn; Urk. 2 S. 18; vgl. Urk. 7/83 Rz. 19; Urk. 7/104 S. 12). Es ist nicht unüblich, vom aktuellen Einkommen auszugehen und dieses mit einer Dreisatzrechnung auf das vorgesehene Pensum hochzurechnen (vgl. OGer ZH LZ210008 vom 01.07.2022, E. III.3.4.3; BGer 5A\_311/2019 vom 11. November 2020, E. 3.1 f. nicht publ. in BGE 147 III 265). Damit beläuft sich das hypothetische Einkommen bei einem 60 %-Pensum auf Fr. 2'260.–.

#### **E. 5**

Übergangsfrist

##### **E. 5.1**

Die Vorinstanz rechnete der Beklagten rückwirkend ab 1. November 2022 ein hypothetisches Einkommen an. Es sei ihr als stets anwaltlich vertretene Partei von Beginn des Verfahrens – spätestens aber seit der vom Kläger Ende Januar 2022 erstatteten Klagebegründung – bekannt gewesen, dass sie ihre Arbeitskapazität nicht voll ausschöpfe. Weshalb sie sich vor dem Hintergrund der seit August 2021 bestehenden Betreuungsvereinbarung im Oktober 2022 noch kaum Gedanken zu einer Ausweitung ihres Arbeitspensums gemacht haben wolle, sei nicht nachvollziehbar. Sie hätte genügend Zeit gehabt, ihr Pensum entsprechend der mit dem Kläger vereinbarten Betreuungsregelung anzupassen und auszudehnen. Es sei nicht angezeigt, der Beklagten eine weitere Übergangsfrist zu gewähren, und ihr sei rückwirkend auf den 1. November 2022 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen (Urk. 2 S. 20).

##### **E. 5.2**

Wird ein hypothetisches Einkommen angerechnet, ist der Betroffenen eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen, um die rechtlichen Vorgaben in die Wirklichkeit umzusetzen (BGE 129 III 417 E. 2.2 m.H.). Die Frist ist nach Möglichkeit grosszügig und den

Umständen des Einzelfalles angepasst zu bemessen, denn ein Bewerbungsprozess beansprucht eine gewisse Zeit (vgl. BGE 147 III 308 E. 5.4 S. 320; BGE 144 III 481 E. 4.6). In der Gerichtspraxis haben sich drei bis

- 19 - maximal sechs Monate als Standard eingespielt (FamKomm Scheidung/Maier/Vetterli, Art. 176 ZGB N 34c; vgl. FamKomm Scheidung/Büchler/Raveane, Art. 125 ZGB N 23). Die Übergangsfrist beginnt in der Regel frühestens mit der erstmaligen gerichtlichen Eröffnung der Umstellungsfrist zu laufen (OGer ZH LZ230009 vom 25.05.2023, E. III.C.2.3.2, S. 18). Grundsätzlich ist die blosser Ankündigung anlässlich einer mündlichen Verhandlung nicht ausreichend (OGer ZH LY170039 vom 16.05.2018, E. III.B.3.1.7, S. 18). Eine rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist nur in Ausnahmefällen möglich, wenn die geforderte Umstellung für die betroffene Person voraussehbar war oder in (anderen) Fällen von Rechtsmissbrauchs oder unredlichen Verhaltens (Affolter, Das hypothetische Einkommen im Familienrecht – ein Überblick, in: AJP 2020, S. 843 m.H.a. BGer 5A\_549/2017 vom 11. September 2017, E. 4).

### **E. 5.3**

Der vorinstanzlichen Argumentation, wonach die Beklagte aufgrund ihrer anwaltlichen Vertretung vom Beginn des Verfahrens an – spätestens aber nach der Erstattung der Klagebegründung der Gegenseite – gewusst habe, dass sie ihre Arbeitskapazität ausschöpfen müsse, kann nicht gefolgt werden. Ein im Rahmen von Vergleichsgesprächen erfolgter Hinweis auf eine Pensumserhöhung, wie er einzig vom Kläger behauptet wird (Urk. 8 Rz. 7), würde nicht genügen. Damit fehlt es an der Voraussehbarkeit. Hinzu kommt, dass die Beklagte – sei dies nun aufgrund eines nicht protokollierten gerichtlichen Hinweises passiert oder nicht (vgl. Prot. I S. 4 f., S. 8 f., S. 18 ff. insb. S. 41; Urk. 7/38 Rz. 13; Urk. 7/44 Rz. 51) – ihr Pensum seit Beginn des Verfahrens bereits von 25 % auf 50 % verdoppelt hat (vgl. vorne Erw. II.4.1). Ein rechtsmissbräuchliches oder unredliches Verhalten der Beklagten ist nicht ersichtlich. Für eine rückwirkende Anrechnung des hypothetischen Einkommens besteht vorliegend kein Raum. Zu klären bleibt die Dauer der Übergangsfrist. Im erstinstanzlichen Verfahren machte die Beklagte geltend, eine Übergangsfrist von mindestens neun Monaten für eine Pensumserhöhung zu benötigen. Sie habe seit vielen Jahren nicht mehr in einem solch hohen Pensum gearbeitet und weise kaum relevante Berufungserfahrung auf. Zudem müsse das Pensum mit der Kinderbetreuung vereinbar sein, was eine weitere Restriktion bedeute (Urk. 7/44 Rz. 60). Der Kläger sprach sich demgegenüber für eine Übergangsfrist von drei Monaten aus, da die Beklagte bereits mit einem 50 %-Pensum arbeite und

- 20 - eine Aufstockung möglich sei (Urk. 7/75 Rz. 40). Die Beklagte arbeitet bereits mit einem knapp 50 %-Pensum im Detailhandel. In diesem Bereich, in welchem sie bereits über Berufserfahrung verfügt, wird sie ihre Arbeitstätigkeit ausbauen müssen (vorne Erw. II.4.10). Es handelt sich folglich nicht um eine Neu- oder Umorientierung. Hingegen ist zu berücksichtigen, dass ein Bewerbungs- oder Aufstockungsprozess – sei dieser nun intern bei ihrer bisherigen Filiale oder extern – Zeit benötigt (vgl. Urk. 7/44 Rz. 51). Dass die Pensumserhöhung eine Umstellung ist, rechtfertigt an sich keine längere Übergangsphase. Auch kann die Aufstockung, wie aufgezeigt (vorne Erw. II.4.9 f.), mit der Kinderbetreuung in Einklang gebracht werden. Insgesamt erscheint es – auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Beklagte seit dem erstinstanzlichen Entscheid, den sie Ende Mai 2023 erhielt (Urk. 7/128/2), mit der Möglichkeit einer Pensumserhöhung rechnen musste – angemessen, der Beklagten ab Februar 2024 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen.

## E. 6

### Unterhaltsberechnung

#### E. 6.1

Das Einkommen des Klägers von monatlich Fr. 7'382.– blieb unangetroffen (Urk. 2 S. 18). Das Einkommen der Beklagten beträgt basierend auf dem rund 50 %-Pensum in der Phase I, vom 1. November 2022 bis Ende Januar 2024, Fr. 1'836.– (vorne Erw. 4.11). Ab Februar 2024 (Phase II) ist von einem hypothetischen Einkommen von Fr. 2'260.– auszugehen (vorne Erw. 4 f.). Der Kläger bezieht für die beiden Kinder Kinderzulagen von je Fr. 200.– (Urk. 2 S. 20).

#### E. 6.2

Der Bedarf der Parteien präsentiert sich wie folgt (Urk. 2 S. 21, Änderungen zum vorinstanzlichen Urteil grau markiert): Kläger C. \_\_\_\_\_ D. \_\_\_\_\_ 1) Grundbetrag Fr. 1'350.– Fr. 140.– Fr. 140.– 2) Wohnkosten inkl. Parkplatz Fr. 1'260.– Fr. 420.– Fr. 420.– 3) Krankenkasse (KVG) Fr. 311.– 4) zus. Gesundheitskosten Fr. 0.–

- 21 - 5) Arbeitsweg (Fr. 600.–) + Leasing Fahrzeug mit Kompetenzcharakter Fr. 1'074.– (Fr. 474.–) 6) Auswärtige Verpflegung Fr. 220.– Fr. 110.– (Phase I) 7) Steuern Fr. 460.– (Phase II) Fr. 0.– (Phase I) 8) Radio-/TV-Gebühren Fr. 15.– (Phase II) 9)

Versicherungspauschale Fr. 0.– 10) Kommunikationskosten Fr. 0.– 11) Krankenkasse (VVG) Fr. 0.– Fr. 4'325.– (Phase I) Total Fr. 560.– Fr. 560.– Fr. 4'690.– (Phase II) Beklagte C. \_\_\_\_\_ D. \_\_\_\_\_ 1) Grundbetrag Fr. 1'350.– Fr. 260.– Fr. 260.– 2) Wohnkosten Fr. 1'014.– Fr. 338.– Fr. 338.– 3) Krankenkasse (KVG) Fr. 208.– Fr. 48.– Fr. 48.– 4) zus.

Gesundheitskosten Fr. 70.– Fr. 10.– Fr. 10.– 5) Arbeitsweg Fr. 96.– Fr. 110.– (Phase I) 6) Auswärtige Verpflegung Fr. 132.– (Phase II) Fr. 13.– Fr. 0.– Fr. 0.– (Phase I) (Phase I) (Phase I) 7) Steuern Fr. 25.– Fr. 5.– Fr. 5.– (Phase II) (Phase II) (Phase II) 8) Radio-/TV-Gebühren Fr. 0.– (Phase I)

- 22 - Fr. 15.– (Phase II) 9) Versicherungspauschale Fr. 0.– 10) Kommunikationskosten Fr. 0.– 11) Krankenkasse (VVG) Fr. 0.– Fr. 0.– Fr. 0.– Fr. 2'861.– Fr. 656.– Fr. 656.– (Phase I) (Phase I) (Phase I) Fr. 2'910.– Fr. 661.– Fr. 661.– Total (Phase II) (Phase II) (Phase II) (entspricht den Lebenshaltungskosten)

#### E. 6.3

Zur Methodik ist festzuhalten, dass das Bundesgericht die Berechnungsweise in seinem Leitentscheid vom 11. November 2020 (BGE 147 III 265) verbindlich vorgegeben hat. Massgebend ist die zweistufige Methode, bei welcher die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel und der Bedarf ermittelt werden; anschliessend werden die vorhandenen Ressourcen auf die beteiligten Familienmitglieder so verteilt, dass in einer bestimmten Reihenfolge das betriebsrechtliche beziehungsweise bei genügenden Mitteln das familienrechtliche Existenzminimum gedeckt und dann ein verbleibender Überschuss nach der konkreten Situation ermessensweise verteilt wird (BGE 147 III 265 E. 7). Auf der Bedarfsseite sind zu diesem Zweck die einzelnen Positionen aufzulisten. Steuern, Kommunikations- und Versicherungskosten sowie – unter anderem – über die obligatorische Grundversicherung hinausgehende Krankenkassenprämien sind erst im Rahmen des familienrechtlichen Existenzminimums zu berücksichtigen (BGE 147 III 265 E. 7.2). Dabei sind zunächst die Steuern zu decken (Maier, Unterhaltsfestsetzung in der Praxis, 2023, N 1057 f.; vgl. BGer 5A\_36/2023 vom 5. Juli 2023, E. 4.3.2 m.H.a. BGE 147

III 265 E. 7.2). Diese Vorgehensweise ist anzuwenden. Dem methodischen Vorgehen der Vorinstanz, welche zunächst alle übrigen Zusatzpositionen des familienrechtlichen Existenzminimums berücksichtigt und danach festgestellt hat, dass für die Steuern keine finanziellen Mittel mehr vorhanden seien (Urk. 2 S. 24), kann nicht gefolgt werden. Dass die Parteien das methodische Vorgehen der Vorinstanz nicht kritisierten, ändert daran nichts; die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (vorne Erw. II.1.2). Die vorinstanzlich festgestellten und unange-

- 23 -  
fochten gebliebenen Bedarfswerten des Grundbetrags, der Wohnkosten, der obligatorischen Krankenkassenprämien, der zusätzlichen Gesundheitskosten, des Arbeitswegs (inkl. Leasing; vgl. dazu Maier, Unterhaltsfestsetzung in der Praxis, 2023, N 1044) und der auswärtigen Verpflegung (den Kläger betreffend) geben zu keinen Bemerkungen Anlass und sind zu übernehmen (Urk. 2 S. 21 ff.). Ergänzend ist zu den einzelnen Positionen Folgendes hinzuzufügen: 1-6) Bei diesen Positionen handelt es sich um das betriebsrechtliche Existenzminimum. Die Kosten für die auswärtige Verpflegung der Beklagten sind in einer ersten Phase, in welcher sie in einem Pensum von knapp 50 % arbeitet, mit Fr. 110.– und ab Februar 2024 mit Fr. 132.– (60 %-Pensum) zu berücksichtigen. 7-11) Während der Phase I sind die vorhandenen Mittel nach der Deckung des Existenzminimums der Familienmitglieder beinahe aufgebraucht; übrig sind Fr. 123.–. Die Steuerbelastung kann damit nicht vollständig, sondern nur anteilsweise berücksichtigt werden. Die Steuerlast des Klägers (unter Berücksichtigung des Abzugs für die zu leistenden Unterhaltsbeiträge) ist aufgrund des auf ihn anwendbaren Grundtarifs höher als jene der Beklagten (unter Berücksichtigung der erhaltenen Unterhaltsbeiträge als Einkommen), welche vom reduzierten Familientarif und Kinderabzügen profitieren kann. Konkret stehen einem steuerbaren Einkommen des Klägers von rund Fr. 53'000.– auf Seiten der Beklagten rund Fr. 25'000.– gegenüber (je etwas tiefer für Staats- und Gemeindesteuer und etwas höher für direkte Bundessteuer; vgl. Phase II für Details betr. Abzüge). Dies führt zu einer Steuerbelastung von rund Fr. 4'800.– des Klägers und Fr. 370.– der Beklagten. Damit entfällt rund 90 % der gesamten Steuerlast auf den Kläger und 10 % auf die Beklagte. Die nach Deckung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vorhandenen Fr. 123.– sind damit mit Fr. 110.– beim Kläger und mit Fr. 13.– bei der Beklagten zu berücksichtigen, wobei bei einem Betrag in dieser Höhe die Ausscheidung eines auf die Kinder entfallenden Anteils unterbleiben kann. Für die Phase II stehen mehr finanzielle Mittel zur Verfügung. Die Bedarfswertposition der Steuern kann vollständig berücksichtigt werden. Beim Kläger fällt eine geschätzte jährliche Steuerbelastung von rund Fr. 5'500.– (Fr. 4'800.– Staats- und Gemeindesteuer, Fr. 700.– direkte Bundessteuern) an (Grundtarif; Berechnungs-

- 24 -  
grundlage: Einkommen Fr. 93'384.– [inkl. Kinderzulagen], unter Berücksichtigung üblicher Abzüge von rund Fr. 12'000.– sowie dem Abzug für Unterhaltsbeiträge von Fr. 23'664.–). Bei der Beklagten beträgt die geschätzte jährliche Steuerbelastung rund Fr. 420.– (Staats- und Gemeindesteuer, keine direkte Bundessteuer; reduzierter Tarif [Verheirateten-/Elterntarif]; Berechnungsgrundlage: Einkommen Fr. 27'120.– aus Erwerbstätigkeit und Fr. 23'664.– Unterhaltsbeiträge, unter Berücksichtigung üblicher Abzüge [inkl. Kinderabzügen] von rund Fr. 25'000.–). Damit resultieren monatliche Steuerbelastungen von Fr. 460.– des Klägers und Fr. 35.– der Beklagten. Davon ist den Kindern, deren Barunterhaltsbeitrag rund einen Viertel des von der Beklagten versteuerten Einkommens ausmacht, je Fr. 5.– im Bedarf zu berücksichtigen, womit bei der Beklagten

noch Fr. 25.– einzusetzen sind (vgl. BGE 147 III 457, E. 4.2.3.5). Die Serafe bzw. Radio/TV-Gebühr kann bei beiden Parteien je hälftig mit Fr. 15.– berücksichtigt werden (vgl. Maier, Unterhaltsfestsetzung in der Praxis, 2023, N 1059).

#### **E. 6.4**

Während der Phase I resultiert folgende Unterhaltsberechnung: Dem Kläger verbleiben nach Deckung des minim erweiterten Bedarfs Fr. 3'057.– (Fr. 7'382.– minus Fr. 4'325.–). Nach Deckung der bei ihm anfallenden Kinderkosten verbleiben ihm Fr. 2'337.– (Fr. 3'057.– minus 720.– [Fr. 560.– x 2 abzgl. Fr. 200.– x 2 {Kinderzulagen}]). Mit diesem Überschuss kann der Kläger den bei der Beklagten anfallenden Barbedarf der Kinder decken und es verbleiben ihm Fr. 1'025.– (Fr. 2'337.– minus Fr. 656 x 2). Dieser Betrag entspricht den ungedeckten Lebenshaltungskosten der Beklagten, welche mit ihrem Einkommen von Fr. 1'836.– ihre Lebenshaltungskosten von Fr. 2'861.– nicht decken kann. Während der Phase I hat der Kläger für C.\_\_\_\_\_ einen Unterhaltsbetrag von Fr. 656.– und für D.\_\_\_\_\_ von Fr. 1'681.– (davon Fr. 1'025.– als Betreuungsunterhalt) zu leisten.

#### **E. 6.5**

Während der Phase II resultiert folgende Unterhaltsberechnung: Dem Kläger verbleiben nach Deckung des erweiterten Bedarfs Fr. 2'692.– (Fr. 7'382.– minus Fr. 4'690.–). Nach Deckung der bei ihm anfallenden Kinderkosten verbleiben ihm Fr. 1'972.– (Fr. 2'692.– minus Fr. 720.– [Fr. 560 x 2 abzgl. Fr. 200.– x 2 {Kinderzulagen}]). Mit diesem Überschuss kann der Kläger den bei der Beklagten anfallenden Barbedarf der Kinder decken und es verbleiben ihm Fr. 650.– (Fr. 1'972.– minus

- 25 - Fr. 661 x 2). Dieser Betrag entspricht den ungedeckten Lebenshaltungskosten der Beklagten, welche mit ihrem Einkommen von Fr. 2'260.– ihre Lebenshaltungskosten von Fr. 2'910.– nicht decken kann. Während der Phase II hat der Kläger für C.\_\_\_\_\_ einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 661.– und für D.\_\_\_\_\_ von Fr. 1'311.– (davon Fr. 650.– als Betreuungsunterhalt) zu leisten.

#### **E. 7**

Fazit

##### **E. 7.1**

Die Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 26. April 2023 ist aufzuheben. Es ist zudem nicht ersichtlich, weshalb im Rahmen der Abänderung der Unterhaltsbeträge die ursprüngliche im Vergleich gewählte Formulierung, wonach "sich der Kläger verpflichtet" (Urk. 7/34 ; Urk. 7/31), beibehalten werden sollte. Die Dispositiv-Ziffer 5 ist durch folgende Fassung zu ersetzen: " 5. Die Dispositivziffer 1 der weiteren Verfügung vom 14. Dezember 2021 über vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: ' 1. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für die Kinder für die Dauer des weiteren Verfahrens monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen: Phase I (1. November 2022 bis 31. Januar 2024) für C.\_\_\_\_\_: CHF 656.– für D.\_\_\_\_\_: CHF 1'681.– (davon Fr. 1'025.– als Betreuungsunterhalt) Phase II (ab 1. Februar 2024) für C.\_\_\_\_\_: CHF 661.– für D.\_\_\_\_\_: CHF 1'311.– (davon Fr. 650.– als Betreuungsunterhalt) 2. Diesem Entscheid liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse der Parteien zugrunde: Einkommen netto pro Monat: a) C.\_\_\_\_\_: Kinderzulage von derzeit Fr. 200.– b) D.\_\_\_\_\_: Kinderzulage von

derzeit Fr. 200.–

- 26 - c) Kläger: Fr. 7'382.– (100 %-Pensum; Lohn 2021 inkl. Spe- sen/Ferienzuschlag für Sonntagsarbeit, zzgl. Lohnerhöhung von Fr. 58.– p.M. per 2022) d) Beklagte: Fr. 1'836.– (Phase I, 50 %-Pensum, inkl. 13. Monatslohn) Fr. 2'260.– (Phase II, hypothetisches Einkommen mit 60 %-Pensum, inkl. 13. Monatslohn) 3. Im Übrigen gilt die Vereinbarung vom 9. Juni 2021.' " III. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Vorinstanz hielt fest, dass über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid befunden werde (Urk. 2 S. 26 [Dispositiv-Ziffer 6]). Dies blieb unan- gefochten und ist nicht zu beanstanden. Folglich ist die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO). 2. Die Gerichtsgebühr des Berufungsverfahrens ist auf Fr. 3'000.– festzulegen (§ 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Grund- gebühr für die Parteientschädigung ist auf Fr. 2'000.– festzusetzen (§ 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 AnwGebV; § 13 Abs. 1 AnwGebV). Sie ist in Anwendung von § 9 Anw- GebV und § 13 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 1'400.– (einschliesslich 7.7 % Mehrwert- steuer) festzusetzen. 3. Für die Liquidation der Prozesskosten ist festzuhalten, dass Unterhaltsbei- träge ab dem 1. November 2022 strittig sind. Die schriftliche Begründung des am 26. April 2023 ergangenen Scheidungsurteils stand am 19. Oktober 2023 noch aus (Urk. 14). Für die Streitwertberechnung ist davon auszugehen, dass das Schei- dungsurteil Ende des Jahres 2024 rechtskräftig werden wird. Die Vorinstanz setzte die Unterhaltsbeiträge auf Fr. 55'484.– fest (26 Monate x Fr. 2'134.–). Die Beklagte beantragte im Rechtsmittelverfahren Unterhaltsbeiträge von Fr. 74'568.– (26 Mo- nate x Fr. 2'868.–; Urk. 1 S. 2). Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens wurden die

- 27 - Unterhaltsbeiträge auf Fr. 56'747.– festgesetzt (15 Monate x Fr. 2'337.– + 11 Mo- nate x Fr. 1'972.–). Obwohl die Beklagte in der Sache teilweise obsiegt hat und ein tieferes hypothetisches Arbeitspensum sowie eine Übergangsfrist festzusetzen ist (vorne Erw. II.4), resultieren – da aufgrund des methodisch nicht korrekten Vorge- hens die Unterhaltsberechnung korrigiert werden musste – zwar in der Phase I hö- here Unterhaltsbeiträge, in der Phase II jedoch tiefere. Insgesamt resultieren bloss um Fr. 1'263.– (Fr. 56'747.– minus Fr. 55'484.–) höhere Unterhaltsbeiträge als die von der Vorinstanz festgesetzten. Bei diesem Ausgang hat die Beklagte als voll- ständig unterliegende Partei zu gelten, womit ihr die Prozesskosten zu auferlegen sind (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für eine Verteilung nach Ermessen nach Art. 107 ZPO besteht vorliegend kein Anlass. Die Beklagte ist zu verpflichten, die Gerichtskosten von Fr. 3'000.– zu tragen und dem Kläger eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'400.– (7.7 % MwSt. darin eingeschlossen) zu bezahlen. Die vom Kläger beantragte Entschädigung durch den Kanton im Sinne von Art. 122 Abs. 2 ZPO fällt aufgrund des abgewiesenen Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege ausser Be- tracht (Urk. 8 S. 2 und Urk. 12 S. 2; Urk. 13). Es wird beschlossen:

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