

# ZH\_OBERGERICHT LZ180028 vom 23. September 2019

ZH Obergericht, 2019-09-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LZ180028](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ180028)

FR: ZH\_OBERGERICHT LZ180028 du 23 septembre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LZ180028 del 23 settembre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Der Beklagte und Berufungskläger (fortan: Beklagter) und die Klägerin und Berufungsbeklagte betreffend Obhut, Besuchsrecht etc. sowie Verfahrensbe- teiligte betreffend Unterhalt (fortan: Klägerin) sind die unverheirateten Eltern der beiden Kläger und Berufungsbeklagten betreffend Unterhalt sowie Verfahrensbe- teiligten betreffend Obhut, Besuchsrecht etc. (fortan: Kläger 1 und 2 bzw. Kläger). Die Kindseltern schlossen am 3. April 2013 einen Unterhaltsvertrag (Urk. 7/30/15) betreffend den Sohn C. \_\_\_\_\_ (geboren am tt.mm.2012; Kläger 1) ab, welcher mit Beschluss vom 15. Mai 2013 der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) des Bezirks Dielsdorf genehmigt wurde. Am tt.mm.2013 folgte die Geburt von D. \_\_\_\_\_ (Kläger 2), worauf am 27. Oktober 2014 einerseits der den Kläger 1 betreffende Unterhaltsvertrag abgeändert und andererseits erstmals ein Unter- haltsvertrag für den Kläger 2 abgeschlossen wurde (Urk. 7/4/2). Die beiden Un- terhhaltsverträge wurden am 13. November 2014 von der KESB des Bezirks Bülach Nord genehmigt (Urk. 7/4/3). Am 23. Januar 2015 wurden die Kläger 1 und 2 unter die gemeinsame elterliche Sorge der Klägerin und des Beklagten ge- stellt (Urk. 7/11/1-2). Für den Fall der Auflösung der Haushaltsgemeinschaft sa- hen die Vereinbarungen für den vorliegend interessierenden Zeitraum einen Un- terhaltsbeitrag von je Fr. 1'575.– pro Kind (zuzüglich gesetzliche und vertragliche Kinder- und Ausbildungszulagen) vor (Urk. 7/4/2). Am 23. März 2018 erhoben die Kläger 1 und 2 vertreten durch die Klägerin vor Vorinstanz unter Beilage einer Klagebewilligung des Friedensrichteramts H. \_\_\_\_\_ (Urk. 7/2) Klage gegen den Beklagten auf Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs, des Kinderunter- halts sowie auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter Ge- währung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 7/1 S. 2). Nach einer Beanstan- dung des Beklagten, wonach die Kläger 1 und 2 von der Klägerin bzw. von der von ihr beigezogenen Rechtsanwältin vertreten würden, obschon es sich um eine in jeder Hinsicht strittige Angelegenheit handle (Urk. 7/5-7), ersuchte die Vor- instanz mit Verfügung vom 17. April 2018 die KESB Bülach Nord um Bestellung

- 12 - eines Prozessbeistandes für die Kläger 1 und 2. Gleichzeitig wurde die künftige Beistandsperson beauftragt, die Einleitung des Verfahrens zu genehmigen oder die Genehmigung zu verweigern (Urk. 7/8). Mit Entscheiden vom 26. April 2018 ernannte die KESB Bülach Nord lic. iur. E. \_\_\_\_\_ als Beistand der beiden Kinder gemäss Art. 306 Abs. 2 ZGB (Urk. 7/16). Mit Eingabe vom 8. Mai 2018 genehmig- te der Kindsvertreter die Verfahrenseinleitung (Urk. 7/24). Im folgenden Mass- nahmeverfahren waren die Obhut, der Wegzug der Kinder in den Kanton Grau- bünden, das Besuchsrecht und der Kinderunterhalt strittig (Urk. 7/19, 7/23, 7/29, 7/36, 7/37, 7/39 und 7/44). Zur Prozessgeschichte des erstinstanzlichen Verfah- rens kann auf die entsprechenden Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 2 S. 6 bis 8). Am 5.

Juli 2018 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung in unbegründeter Form (Urk. 7/51). Die begründete Verfügung wurde den Parteien am 25. Oktober 2018 zugestellt (Urk. 7/65).

## **E. 2**

datiert vom 25. Januar 2019 und enthält die eingangs erwähnten Anträge (Urk. 15 S. 1). Die Berufungsantwort der Klägerin datiert vom 4. Februar 2019 und enthält die ebenfalls eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 19 S. 2). Mit Verfügung vom 21. Februar 2019 wurden die beiden Berufungsantworten den jeweils anderen beiden Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 22). Mit Eingabe vom 27. Februar 2019 stellten die Kläger 1 und 2 (vor dem Hintergrund des Umzugs des Beklagten in den Kanton Graubünden) den Antrag auf Prüfung einer alternierenden Obhut (Urk. 23). Am 5. März 2019 erstattete der Beklagte eine Noveneingabe (Urk. 24 bis Urk. 26/10-13) und stellte den Antrag, es seien die Kläger 1 und 2 unter die geteilte Obhut des Beklagten sowie der Klägerin zu stellen (Urk. 24 S. 2). Mit Eingabe vom 13. März 2019 stellte die Klägerin einen Antrag auf Erlass von superprovisorischen Massnahmen (Urk. 28). Mit Verfügung vom 14. März 2019 wurde die Noveneingabe der Kläger vom 27. Februar 2019 der Klägerin sowie dem Beklagten (Urk. 29 Dispositiv-Ziffer 1) sowie die Noveneingabe des Beklagten vom 5. März 2019 der Klägerin sowie den Klägern zugestellt (Dispositiv-Ziffer 2). Weiter wurde der Klägerin sowie den Klägern Frist angesetzt, um zu den Noveneingaben Stellung zu nehmen (Dispositiv-Ziffern 3 und 4). Dem Beklagten wurde antragsgemäss (Urk. 24 S. 3) Frist zur Ausübung des Replikrechts angesetzt (Dispositiv-Ziffer 5). Den Parteien wurden Kopien von Aktennotizen betreffend Vergleichsgespräche zugestellt (vgl. Urk. 23A und 27; Dispositiv-Ziffer 6). Das Begehren des Beklagten, es sei für die Kläger ein Kindsvertreter des Vereins Kinderanwaltschaft Schweiz einzusetzen und der Beistand lic. iur. E. \_\_\_\_\_ aus seinem Amt zu entlassen, wurde abgewiesen, soweit überhaupt darauf eingetreten wurde (Dispositiv-Ziffer 7). Das superprovisorische Begehren der Klägerin, es sei dem Antrag des Kindervertreeters lic. iur. E. \_\_\_\_\_ auf Bestellung einer Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB für die Kläger umgehend zu entsprechen, wurde abgewiesen (Dispositiv-Ziffer 8). Dem Beklagten und den Klägern wurde schliesslich Frist angesetzt, um zur Eingabe der Klägerin vom 13. März 2018 Stellung zu nehmen (Dispositiv-Ziffern 9 und 10). Die

- 14 - Stellungnahme der Kläger datiert vom 21. März 2019 (Urk. 30), diejenige des Beklagten vom 25. März 2019 (Urk. 31). Nach einmaliger Fristerstreckung (Urk. 34) erfolgte unter dem 8. April 2019 die Stellungnahme der Klägerin zu den Noveneingaben (Urk. 35). Am 26. April 2019 erstattete der Beklagte eine weitere Noveneingabe (Urk. 39 bis 41/21). Mit Beschluss vom 6. Mai 2019 wurden die neu eingegangenen Eingaben den jeweiligen Gegenparteien zur Kenntnisnahme zugestellt, mit dem Hinweis, dass eine allfällige Stellungnahme innert zehn Tagen zu erfolgen hätte (Urk. 43 Dispositiv-Ziffern 1 bis 3). Zudem wurde der Klägerin und dem Beklagten Frist angesetzt, um Urkunden betreffend ihre strittigen Löhne einzureichen (Dispositiv-Ziffern 4 und 5). Mit Stellungnahme vom 15. Mai 2019 reichte die Klägerin Urkunden zu ihrem Lohn ins Recht (Urk. 44 f.). Am 16. Mai 2019 erfolgte eine Stellungnahme der Kläger (Urk. 46). Am 16. Mai 2019 leitete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Nordbünden eine Gefährdungsmeldung betreffend die Errichtung einer Besuchsbeistandschaft weiter (Urk. 47 f.). Nach einmaliger Fristerstreckung (Urk. 49 f.) reichte der Beklagte mit Stellungnahme vom 31. Mai 2019 Urkunden zu seinem Lohn ins Recht (Urk. 51 bis Urk. 53/22-28). Mit Verfügung vom 4.

Juni 2019 wurden den Parteien die neu- en Eingaben der jeweiligen Gegenparteien zur Kenntnisnahme zugestellt, mit dem Hinweis, dass eine allfällige Stellungnahme innert zehn Tagen zu erfolgen hätte (Urk. 54 Dispositiv-Ziffern 1 bis 3). Mit Eingabe vom 11. Juni 2019 teilten die Kläger mit, auf eine Stellungnahme zu verzichten, was den Gegenparteien am

### **E. 2.1**

Die Höhe der Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren richtet sich nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 7'000.– als angemessen.

### **E. 2.2**

Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Praxisgemäss sind betreffend nicht vermögensrechtlicher Kinderbelange (Obhut, persönlicher Verkehr, Beistandschaft) die Kosten den Parteien (vorliegend die Klägerin und der Beklagte) je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, sofern diese unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe für ihre Prozessstandpunkte hatten (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO; ZR 84/1985 Nr. 41). Diese Voraussetzung ist erfüllt, weshalb die Kosten des Berufungsverfahrens betreffend die nicht vermögensrechtlichen Kinderbelange den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen sind. Ausgehend von einer Geltungsdauer der vorliegenden vorsorglichen Massnahmen von zwei Jahren ab 1. Juli 2018 verlangt der Beklagte berufungs-

- 55 - weise die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen von insgesamt Fr. 43'728.– ([5 x Fr. 602.–] + [19 x Fr. 856.–] + [2 x Fr. 2'760.–] + [3 x Fr. 1'080.–] + [19 x Fr. 826.–]), währendem die Klägerin sowie die Kläger die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids und damit die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen von insgesamt Fr. 131'528.– ([24 x Fr. 2'659.–] + [24 x Fr. 2'613.–]) verlangen. Nach erfolgter Korrektur des angefochtenen Entscheids beträgt die Unterhaltspflicht des Beklagten über eine mutmassliche Geltungsdauer der vorliegenden vorsorglichen Massnahmen von zwei Jahren ab Juli 2018 insgesamt Fr. 91'050.– ([9 x Fr. 4'350.–] + [15 x Fr. 3'460.–]). Die Kläger bzw. die Klägerin obsiegen bzw. unterliegen damit im zweitinstanzlichen Verfahren auch im Unterhaltspunkt zu rund je der Hälfte. In Anbetracht dessen, dass es sich bei den Klägern um einkommens- und vermögenslose Schulkinder handelt, rechtfertigt es sich, in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c und f ZPO die Gerichtskosten einzig der Klägerin sowie dem Beklagten entsprechend diesem Verhältnis aufzuerlegen.

### **E. 2.3**

Entsprechend der Kostenverteilung sind für das Rechtsmittelverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Die Kläger waren vor Obergericht nicht berufsmässig vertreten (Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 68 Abs. 2 ZPO). Damit kommt als allfällige Parteientschädigung ohnehin lediglich eine angemessene Umtriebsentschädigung in Betracht. Die Kläger stellen jedoch keinen solchen Antrag auf eine Entschädigung (Urk. 15 S. 1). Darüber hinaus ergibt sich weder aus dem Gebührentarif zum Kinder- und Jugendhilfegesetz noch aus dem Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG), dass die

Rechtsvertretung durch einen Beistand als gebührenpflichtige Leistung in Rechnung gestellt werden kann (OGer ZH LZ170002 vom 08.06.2017, E. III.4; OGer ZH LZ130010 vom 02.03.2015, E. III.1). Es ist daher nicht davon auszugehen, dass den Klägern im Berufungsverfahren Kosten für die Rechtsvertretung angefallen sind. Nach dem Gesagten besteht im Berufungsverfahren auch für die Kläger kein Anspruch auf eine Parteientschädigung.

- 56 - Es wird beschlossen:

### **E. 3**

Obhut und Aufenthaltsort

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz unterstellte die Kinder der Obhut der Klägerin und er- wog, dass eine alternierende Obhut nicht nur aufgrund der (damaligen) geogra- phischen Distanz zwischen den beiden Wohnorten der Kindseltern ausser Be- tracht falle. Sowohl die Klägerin als auch der Beklagte hätten zu Protokoll gege- ben, dass zwischen ihnen derzeit keine Kommunikation stattfinde bzw. möglich sei. Beide hätten geltend gemacht, dass insbesondere die Kooperation betreffend Kinderbelange in jüngster Vergangenheit nicht funktioniert habe. Für die Umset- zung der alternierenden Obhut sei es jedoch eine unabdingbare Voraussetzung, dass die Kindseltern fähig und bereit seien, in den Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren. Somit komme derzeit nur die Obhutzutei- lung an einen Elternteil in Frage. Auf die Möglichkeit der alternierenden Obhut sei im Rahmen des Hauptverfahrens zurückzukommen (Urk. 2 S. 20). Es würde sich mit dem Kindeswohl schlecht vereinbaren lassen, wenn an dieser Stelle das Be- treuungskonzept weitgehend umgestaltet würde. Die Klägerin habe in den letzten Jahren hauptsächlich die Betreuung der beiden Kinder übernommen und sei zu deren Hauptbezugsperson geworden. Die gleichförmige Aufrechterhaltung der Beziehung zur Hauptbezugs- und Hauptbetreuungsperson sei vor allem bei noch jungen Kindern wie D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ von grosser Bedeutung. Die Erzie- hungs- und Erlebniskontinuität spreche für die Zuteilung der Obhut an die Kläge-

- 17 - rin. Sie sei – wie auch der Beklagte – erziehungsfähig, obschon sie an einer De- pression leide. Sie sei zudem bereit, sich in nächster Zeit vollumfänglich um die Kinder zu kümmern. Zu einer Aufnahme einer Erwerbstätigkeit sei sie während der Dauer des Verfahrens nicht verpflichtet, womit die persönliche Betreuung fort- geführt werden könne. Infolge der Obhutzuteilung an die Klägerin berechnete die Vorinstanz sie, den Aufenthaltsort der Kläger 1 und 2 nach F.\_\_\_\_\_ GR zu verle- gen (Urk. 2 S. 35 f.).

#### **E. 3.2**

Bei gemeinsamer elterlicher Sorge muss das Gericht prüfen, ob eine alternierende Obhut möglich und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt (Art. 298b Abs. 3ter ZGB; BGE 142 III 612 E. 4.2 m.H.). Die alternierend Obhut kommt grundsätzlich nur in Frage, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. Weiter ist dieses Betreuungsmodell nur prak- tisch umsetzbar, wenn die Eltern fähig und bereit sind, in Kinderbelangen laufend miteinander zu kommunizieren und im Hinblick auf die notwendigen organisatori- schen Vorkehrungen zu kooperieren. Allein aus dem Umstand, dass ein Elternteil sich einer Regelung mit geteilter Betreuung widersetzt, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, die nötige Kooperation sei nicht gewährleistet. Unter diesem

Aspekt ist von einer alternierenden Obhut nur abzusehen, wenn das Verhältnis unter den Eltern hinsichtlich anderer Kinderbelange von einer Feindseligkeit gezeichnet ist, die annehmen lässt, eine alternierende Obhut würde das Kind dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise aussetzen, die seinen Interessen offensichtlich zuwider läuft. Weiter kommt es auf die geographische Situation an, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern. Bedeutsam ist auch die Kindeswohlwirksamkeit der Stabilität, wie sie mit einer Weiterführung der bisherigen Regelung einhergeht. In diesem Sinne ist eine alternierende Obhut umso eher angezeigt, wenn die Eltern das Kind schon vor ihrer Trennung abwechselnd betreut haben. Andere Kriterien sind das Alter des Kindes, seine Beziehungen zu Geschwistern und seine Einbettung in das weitere soziale Umfeld (BGE 142 III 612 E. 4.3 m.H.). Die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, spielt hauptsächlich dann eine Rolle, wenn spezifische Bedürfnisse des Kindes eine persönliche Betreuung notwendig erscheinen lassen oder wenn ein Elternteil selbst in Randzeiten (morgens, abends und an den Wochenenden) nicht

- 18 - bzw. kaum zur Verfügung stünde; ansonsten ist von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen (vgl. BGE 144 III 481 E. 4.6.3. und E. 4.7.). Beachtung verdient auch der Wunsch des Kindes, selbst wenn es bezüglich der Betreuungsregelung (noch) nicht urteilsfähig ist. Die Erziehungsfähigkeit beider Eltern ist in jedem Fall notwendige Voraussetzung einer alternierenden Obhut. Die weiteren Beurteilungskriterien hängen voneinander ab; ihre jeweilige Bedeutsamkeit richtet sich nach den konkreten Umständen. So spielt das Kriterium der Stabilität bei Säuglingen und Kleinkindern eine wichtige Rolle. Geht es hingegen um Jugendliche, kommt der Zugehörigkeit zu einem sozialen Umfeld grosse Bedeutung zu. Die Kooperationsfähigkeit der Eltern wiederum verdient besondere Beachtung, wenn das Kind schulpflichtig ist oder die Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern ein Mehr an Organisation erfordert (BGE 142 III 612 E. 4.3 m.H.; BGer 5A\_241/2018, 5A\_297/2018 vom 18. März 2019, E. 5.1.). Sofern die alternierende Obhut nicht dem bisherigen Betreuungskonzept entspricht, hat ein Elternteil, der sich bisher nicht oder nur wenig aktiv an der Betreuung beteiligt hat und der nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts einen substantziellen Anteil an der Betreuung übernehmen will, darzulegen, wie er diese Betreuung inskünftig wahrnehmen will und wie das Kindeswohl gewahrt ist. Damit soll vermieden werden, dass der unterhaltspflichtige Elternteil Elternverantwortung nicht mit Blick auf das Kindeswohl, sondern nur deshalb übernehmen oder ausbauen will, um den Betreuungsunterhalt möglichst tief zu halten (Jungo/Aebi-Müller/Schweighauser, Der Betreuungsunterhalt: Das Konzept – die Betreuungskosten – die Unterhaltsberechnung, in: FamPra 2017, 163 ff., 170).

### **E. 3.3**

#### **Erziehungsfähigkeit**

##### **E. 3.3.1**

Erziehungsfähigkeit Klägerin Vorab ist festzuhalten, dass der beklagischen Auffassung, wonach vorliegend vor einer Obhutsuteilung Abklärungen durch Drittpersonen betreffend die Erziehungsfähigkeit der Klägerin vorzunehmen seien, nicht zu folgen ist. Im Massnahmeverfahren geht es – wie bereits von der Vorinstanz dargelegt (Urk. 2 S. 26) – darum, möglichst rasch eine optimale Situation für das Kind zu schaffen. Langwierige Abklärungen, etwa durch Gutachten, sollten dabei auch im Streitfall nicht

- 19 - die Regel sein, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände (z.B. sexueller Missbrauch von Kindern, Gewalttätigkeiten gegenüber Kindern o.ä.) vorliegen, aufgrund welcher das Gericht an die Grenzen seiner Beurteilungsfähigkeit stösst, wobei dem Gericht diesbezüglich ein gewisses Ermessen zukommt (BGer 5A\_529/2014 vom 18. Februar 2015, E. 2.3). Der Beklagte forderte mit der Berufung zunächst, dass die Obhut über die beiden Kinder für die Dauer des Verfahrens ihm zuzuteilen sei (Urk. 1 S. 2). Seit seiner Noveneingabe vom 5. März 2019 fordert er die alternierende Obhut, da er seinen Wohn- und Arbeitsort ins Bündnerland verlegt, sein bisheriges Arbeitsverhältnis am 28. Februar 2019 beendet habe und seit dem 1. April 2019 einer 80 %-Tätigkeit nachgehe (Urk. 24 S. 2; er werde [entgegen der Klägerin; Urk. 35 S. 15] in J.\_\_\_\_\_ wohnen bleiben können, Urk. 51 S. 6 und 53/27). Damit geht der anwaltlich vertretene Beklagte implizit von der Erziehungsfähigkeit der Klägerin aus. So fordert er eine kinderpsychologische Abklärung denn auch nur für den Fall, dass das Gericht Zweifel an der Zusprennung der alternierenden Obhut haben sollte (Urk. 31 S. 10). Mit Eingabe vom 25. März 2019 machte er geltend, der behandelnde Arzt der Klägerin sei den Interessen seiner Patientin verpflichtet und als solcher nicht unabhängig. Insbesondere sei Dr. med. K.\_\_\_\_\_ nicht in der Lage, die Erziehungsfähigkeit der Klägerin zu beurteilen, zumal er selber einräume, die beiden Kinder nie persönlich gesprochen bzw. kennengelernt zu haben. Es werde an der bereits mit Eingabe vom

### **E. 3.3.2**

**Erziehungsfähigkeit Beklagter** Die Klägerin bezweifelt die Erziehungsfähigkeit des Beklagten; sie fordert (vergleichbar zum Beklagten) für den Fall einer alternierenden Obhut ein Erziehungsfähigkeitsgutachten (Urk. 35 S. 14). Auch der Beklagte erscheint erziehungsfähig. Darauf braucht jedoch nicht weiter eingegangen zu werden, da (wie sogleich zu zeigen sein wird) die Obhut für den weiteren Verlauf des Verfahrens der Klägerin zuzuteilen ist. Dass sich die Parteien gegenseitig beschuldigen, vor den Kindern den anderen Elternteil zu verunglimpfen bzw. zu beschimpfen (Urk. 19 S. 9 f., Urk. 28 S. 5 f.; Urk. 31 S. 12), scheint ihrem derzeitigen Beziehungskonflikt zuzuschreiben zu sein (vgl. dazu auch Urk. 31 S. 5).

### **E. 3.4**

**Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft** Der Beklagte ist der Ansicht, dass die Parteien durchaus in der Lage seien, die nötigen Absprachen über die Kinderbelange zu treffen. So fänden regelmässig gemeinsame Unternehmungen zu viert statt. Der Beklagte nennt verschiedene gemeinsame Essen und Unternehmungen im September und Oktober 2018 (Urk. 31 S. 7 f. und Urk. 33/16+17). Die Klägerin hingegen ist der Ansicht, dass es sich bei den vom Beklagten geschilderten Treffen im Herbst 2018 um einen "kurzen zweiten Frühling" gehandelt habe (Urk. 44 S. 9). Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Dass der Beklagte am 25. März 2019 (mit Ausnahme eines Standortgesprächs im Kindergarten vom 7. März 2019; Urk. 31 S. 8) lediglich länger zurückliegende Treffen nannte, spricht eher für die Darstellung der Klägerin. Fakt ist jedenfalls, dass die Übergaben der Kinder den Parteien Mühe bereiten. Der Beklagte bestreitet die Vorwürfe der Klägerin, wonach die Übergaben seinerseits entweder stark emotional oder aber wortlos erfolgten. Es sei vielmehr die Klägerin, die keine persönlichen Übergaben wolle (Urk. 31 S. 9 f.). Die Klägerin wiederum führt aus, bei jeder Kinderübergabe versuche sie mit dem Beklagten, der die Not von D.\_\_\_\_\_ nicht erkenne, ins Gespräch zu kommen. Der Beklagte erscheine nicht einmal an der Haustüre (bzw. bei ihr an der Wohnungstüre) für die

- 23 - Übergabe (Urk. 35 S. 12; Urk. 44 S. 10). Vorliegend kann offen bleiben, wer für einige missglückte Übergaben von D.\_\_\_\_\_ anlässlich der Besuche beim Beklagten (mehr dazu unter E. 5 unten) welchen Anteil trägt. Fest steht jedenfalls, dass sich der Konflikt der Parteien trotz vollzogener Trennung nicht entschärft hat und dass die Parteien derzeit offensichtlich nicht in der Lage sind, das für eine alternierende Obhut notwendige Mass an Kommunikation und Kooperation aufzubringen, so dass das Wohl der Kinder gewährleistet wäre. Die Klägerin macht geltend, der Beklagte kommuniziere einzig mittels SMS mit ihr. Ansonsten verlange er die Kinder am Telefon selbst zu sprechen. Er habe den Kindern im Kindergarten die Nachricht des Hinschiedes seines Vaters überbracht und habe das Wochenende telefonisch nur den Kindern abgesagt (Urk. 35 S. 4; Urk. 44 S. 8 f.). Der Beklagte bestreitet dies nicht (Urk. 59 S. 5). Auch hinsichtlich der Weihnachts- und Neujahrsfeiertage 2018/2019 kam es zwischen den Parteien zu Kommunikationsschwierigkeiten und Missverständnissen, wobei sich beide Eltern gegenseitig Versäumnisse vorwerfen (Urk. 28 S. 5, Urk. 33/19; Urk. 44 S. 6 und 11, Urk. 57/2). Zwar trifft es zu, dass der Kindesvertreter die Prüfung der alternierenden Obhut beantragt (Urk. 46 S. 2). Er ist jedoch auch der Ansicht, dass die Kinder durch den Streit der Eltern überfordert und belastet seien und sich in einem starken Loyalitätskonflikt befänden (Urk. 15 S. 2). Auch der Kindesvertreter macht geltend, dass die Zuteilung der alternierenden Obhut voraussetze, dass sich die Eltern über wesentliche Belange ihrer Kinder einigen könnten. Diese könne (zwischenzeitlich) durchaus in Frage gestellt werden (Urk. 15 S. 4). Seinen späteren Antrag auf Prüfung der alternierenden Obhut begründet der Kindesvertreter lediglich mit einem Hinweis auf Art. 298b Abs. 3ter ZGB und auf einen Bundesgerichtsentscheid vom 18. März 2019 (BGer 5A\_241/2018, 5A\_297/2018; Urk. 46 S. 2), obschon darin auf die Wichtigkeit fortlaufender Kommunikation hingewiesen wird und ausgeführt wird, dass eine alternierende Obhut umso eher angezeigt sei, wenn die Eltern die Kinder schon vor ihrer Trennung abwechselnd betreut haben (E. 5.1.; vgl. Urk. 35 S. 4; Urk. 56 S. 5). Bezeichnend für die Kommunikationsprobleme der Parteien und das gegenseitige Misstrauen ist auch der Umstand, dass der Beklagte die Klägerin lange Zeit über seinen Umzug nach J.\_\_\_\_\_ im Ungewissen gelassen hatte (Urk. 28 S. 6, Urk. 35 S. 5 f.) – gemäss seiner Dar-

- 24 - stellung, damit die Klägerin nicht erneut einen Umzug ins Auge fassen, bevor er in J.\_\_\_\_\_ Wohnsitz nehmen können (Urk. 51 S. 5).

### **E. 3.5**

Erziehungs- und Erlebniskontinuität

#### **E. 3.5.1**

Die Klägerin führte aus, der Beklagte habe sich während des Zusammenlebens kaum an der Erziehung der Kinder beteiligt und verliere schnell die Geduld (Urk. 19 S. 12). Er sei nie länger als ein paar Stunden mit den Kindern alleine gewesen und habe sie keine einzige Nacht alleine betreut. Eine alternierende Obhut würde die bisher gelebte Betreuungssituation der Kinder völlig auf den Kopf stellen (Urk. 19 S. 13). Es werde bestritten, dass der Beklagte in der Lage sei, die Kinder an zwei Tagen vollumfänglich persönlich zu betreuen. Er habe sich bis anhin – trotz flexiblen Arbeitszeiten – fast nie um die Kinder gekümmert. Sein Beruf als Versicherungsvertreter verlange von ihm, dass er flexibel für potentielle Kunden verfügbar sein müsse. Dies bedinge Abendeinsätze oder auch Termine zu bestimmten Tageszeiten, die eingehalten werden müssten. Die Betreuung

durch den Beklagten an zwei Tagen pro Woche bedeute für die Kinder puren Stress. Anstatt, dass die Kläger mit ihren Kameraden den Schulweg machen könnten (entweder von der Klägerin oder der Tagesfamilie aus), würden sie vom Beklagten am Morgen, Mittag und Abend mit dem Auto gebracht und geholt. Die Kläger hätten in F. \_\_\_\_\_ auch bereits ein soziales Umfeld und Freunde zum Spielen gefunden. Eine Betreuung in J. \_\_\_\_\_ an zwei Tagen durch den Beklagten würde bedeuten, dass sie diese Freunde nur noch an den übrigen Tagen treffen könnten und sozusagen isoliert in J. \_\_\_\_\_ leben würden. Dass sie in J. \_\_\_\_\_ ebenso leicht Freunde fänden, sei fraglich, da sie dort nicht zur Schule gingen und ihnen dadurch die üblichen Anknüpfungspunkte fehlten. Beide Kinder hätten nicht an allen Nachmittagen Schule und so wäre ein Hin und Her auch für das Kind, das keine Schule habe, vorprogrammiert. Zudem sollten die Kinder auch an ihren freien Nachmittagen die Möglichkeit haben, mit ihren Schulfreunden abzumachen, was ihnen verunmöglicht werde, wenn sie diese Nachmittage nicht in F. \_\_\_\_\_ seien. Eine alternierende Obhut sei nicht das Beste für die Kinder. Sie hätten sich gerade erst an ihrem neuen Wohnort eingelebt und Freunde gefunden. Nun sollten sie an zwei Tagen unter der Woche wieder aus ihrem Umfeld ge-

- 25 - rissen werden (Urk. 35 S. 10 f.). Zudem nehme eine wechselnde Betreuung auch zu wenig Rücksicht darauf, dass sich die Kinder, damit sie sich bei der Tagesmutter wohl fühlen könnten, eine Beziehung zu ihr aufbauen sollten. Dafür genüge ein Tag in der Woche kaum (Urk. 35 S. 12). Aufgrund der Verunsicherungen und Trennungängste der Kinder habe die Klägerin Kontakt mit Frau Dr. med. L. \_\_\_\_\_, Kinder- und Jugendpsychiaterin in M. \_\_\_\_\_, aufgenommen. Diese habe die Klägerin darauf hingewiesen, dass die Kinder dringend Ruhe bräuchten und ihnen das ständige Hin und Her nicht gut tue. Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Kinder eine klare Tagesstruktur bräuchten, an welcher festgehalten werden solle (Urk. 35 S. 14).

### **E. 3.5.2**

Der Kindesvertreter machte geltend, es sei nicht ersichtlich, weshalb die Kinder Drittbetreuung in Form einer Tagesmutter mit entsprechenden Kosten und einer weiteren neuen Bezugsperson in Anspruch nehmen müssten, wenn gleichzeitig ein betreuungswilliger Elternteil vertraut und in der Nähe verfügbar sei (Urk. 46 S. 4).

### **E. 3.5.3**

Der Beklagte erklärte, er habe sich stets wesentlich an der Betreuung der beiden Kinder beteiligt. Er sei während des Zusammenlebens jeden Mittag nach Hause gekommen, um gemeinsam mit den Kindern die Mittagszeit zu verbringen und habe regelmässig nach den Kindern gesehen, wenn sie nachts aufgewacht seien (Urk. 31 S. 8). Er sei bereit, für den Transport allfälliger Spielkameraden nach J. \_\_\_\_\_ und zurück besorgt zu sein (Urk. 51 S. 8). Aus seiner Sicht sei es sinnvoll, die beiden Tage bei ihm einerseits am Stück, andererseits angrenzend ans Wochenende festzulegen. Damit sei auch gewährleistet, dass sich die Kinder in Ruhe auf den jeweiligen Aufenthaltsort einlassen könnten. Sein Antrag erfolge auch vor dem Hintergrund, dass am Freitagnachmittag die Nachfrage nach einem Beratungsgespräch gering sei und er somit am Freitagnachmittag weniger ausgelastet sei. Es könne davon ausgegangen werden, dass es der Klägerin möglich sei, ihre Arbeitszeiten so zu gestalten, dass sie in den verbleibenden Wochentagen die Kinder vollumfänglich persönlich betreuen könne. Allenfalls wäre sie noch auf einen Mittagstisch an einem Tag pro Woche angewiesen. Der

- 26 - Klägerin sei bei einer geteilten Obhut ohne Weiteres zuzumuten, ihr Arbeitspensum auf 80 % zu erhöhen (Urk. 51 S. 9 f.).

#### **E. 3.5.4**

Die vom Beklagten geforderten Betreuungszeiten decken nicht die Tage ab, an denen die Klägerin arbeitet und die Kinder fremdbetreut sind. Die Klägerin arbeitet seit dem 15. März 2019 im N.\_\_\_\_\_ in M.\_\_\_\_\_ als Krankenpflegerin SRK zu 50 %. Gemäss ihren Angaben arbeitete sie bis zu den Sommerferien 2019 am Montag, 08.00 Uhr bis 12.10 Uhr, am Dienstag, 08.00 Uhr bis 17.00 Uhr, und am Mittwoch, 08.00 Uhr bis 12.10 Uhr. Sodann sei sie an einem Wochenende im Monat erwerbstätig. Sie habe ihre Tagesmutter eine Querstrasse entfernt von ihrem Wohnort gefunden. Die Kläger hätten von Montag bis Mittwoch das Mittagessen bei der Tagesfamilie eingenommen. Ausser am Dienstag sei die Klägerin nach dem Essen zuhause gewesen und habe die Kinder betreut (Urk. 35 S. 13 f. und Urk. 38/1-3). Die Klägerin habe aufs neue Schuljahr die Arbeitstage gewechselt: Montag ganztags, Mittwoch- und Donnerstagvormittag. Dies sei vor allem mit dem Arbeitgeber wegen der Arbeit und auch mit der Tagesmutter nach deren Möglichkeiten so angepasst worden (Urk. 56 S. 6 und 12). Ob die Klägerin ihre Arbeitstage erneut (derart einfach, wie sich dies der Beklagte vorstellt) umstellen kann, ist fraglich. Eine alternierende Obhut entspricht jedenfalls nicht dem bisher gelebten Betreuungsmodell. Bis zur Trennung arbeitete der Beklagte gemäss eigenen Angaben über 100 % und absolvierte zusätzlich eine Weiterbildung. Die Klägerin kümmerte sich um die Kinder und ging keiner Erwerbstätigkeit nach. Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, wurde die Klägerin damit zur Hauptbezugsperson der beiden Kinder (Urk. 2 S. 30 f.). Zwar macht der Beklagte geltend, es treffe (entgegen der Klägerin, Urk. 19 S. 9) nicht zu, dass beide Parteien ein klassisches Rollenmodell hätten leben wollen. Er habe die Klägerin regelmässig er sucht, einer eigenen Erwerbstätigkeit nachzugehen, um sich Erwerbs- und Betreuungsarbeit teilen zu können. Es sei die Klägerin gewesen, welche nicht bereit gewesen sei, ein eigenes Einkommen zu erzielen und es vorgezogen habe, sich vom Beklagten ihren Lebensunterhalt finanzieren zu lassen. Die Parteien hätten nicht nur anlässlich des Abschlusses der Unterhaltsvereinbarungen, sondern

- 27 - während der ganzen Dauer des Zusammenlebens regelmässig über eine Aufteilung der Erwerbs- und Betreuungsarbeit gesprochen (S. 31 S. 6). Die Klägerin führte vor Vorinstanz aus, dass sie ab dem Eintritt des jüngeren Kindes in den Kindergarten wieder hätte arbeiten sollen bzw. dass der Beklagte, immer wenn sie ihre Unzufriedenheit über die Beziehung geäussert habe, gemeint habe, sie solle doch wieder arbeiten gehen (Prot. I S. 26 und 33). Es kann offen bleiben, wie es sich damit genau verhielt. Entscheidend ist, dass der Beklagte selber ausführte, gemäss seiner Vorstellung hätte er (während des Zusammenlebens) 80 % und die Klägerin 20 bis 30 % arbeiten sollen (Prot. I S. 40). Damit wäre aber selbst nach dem Dafürhalten des Beklagten von einer klassischen Rollenteilung auszugehen und hätte die Kinderbetreuung grossmehrheitlich der Klägerin obliegen und wäre sie die Hauptbezugsperson der Kinder gewesen. Damit spricht der Faktor der Kontinuität im Massnahmeverfahren für eine Zuteilung der Obhut an die Klägerin.

#### **E. 3.6**

Eigenbetreuungs Kapazität

##### **E. 3.6.1**

Der Beklagte beanstandet, dass die Vorinstanz einerseits verkannt habe, dass die Trennung der Eltern immer eine einschneidende Veränderung darstelle, welche die Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung der bisherigen Aufteilung der Betreuung und Erwerbsarbeit beider Elternteile erfordere. Andererseits habe die Vorinstanz verkannt, dass die Eltern genau für den Fall einer Trennung bereits mittels von der KESB genehmigter Vereinbarung verbindlich geregelt hätten, in welchem Umfang die Klägerin in Abhängigkeit des Alters der Kinder einer Erwerbstätigkeit nachzugehen habe. Darauf sei die Klägerin zu behaften. Die Klägerin sei sowohl in Würdigung der von den Kindseltern vereinbarten Unterhaltsverträge als auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung (unter Verweis auf BGE 144 III 481 E. 4.4) zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit von derzeit 50 % und ab 1. Januar 2018 (wohl: 2019) von 70 % verpflichtet (Urk. 1 S. 8 f.). Wie bereits erwähnt, forderte der Beklagte im weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens von der Klägerin, ihr Arbeitspensum auf 80 % zu erhöhen. Er verfüge an seiner neuen Arbeitsstelle mit einem 80 %-Pensum nach wie zuvor über flexible Arbeitszeiten. Dies ermögliche es ihm, die beiden Kinder zwei Tage pro Woche vollum-

- 28 - fänglich persönlich betreuen zu können, indem er an den beiden Vormittagen, während derer seine Söhne im Kindergarten respektive ab August 2019 C.\_\_\_\_\_ in der Schule sei, arbeite (Urk. 24 S. 2 f.; Urk. 51 S. 7).

### **E. 3.6.2**

Gemäss Art. 13c SchlT ZGB sind Unterhaltsbeiträge an das Kind, die vor Inkrafttreten des neuen Kinderunterhaltsrechts per 1. Januar 2017 in einem genehmigten Unterhaltsvertrag oder in einem Entscheid festgelegt worden sind, auf Gesuch des Kindes hin neu (d.h. gestützt auf das neue Recht originär) festzulegen. Es liegt im Interesse jedes Kindes, dass es von der bestmöglichen Betreuung profitieren kann. Die alte Regelung führte zu einer Ungleichbehandlung von Kindern verheirateter respektive geschiedener Eltern und Kindern unverheirateter Eltern. Wird im Einzelfall die persönliche Betreuung durch einen Elternteil während einer gewissen Zeit als bestmögliche Betreuung erachtet, konnte diese nur bei geschiedenen Eltern gewährleistet werden, weil die Betreuung hier über den nahehelichen Unterhalt entschädigt wurde. Ein unverheirateter Elternteil musste dagegen selber für seinen Unterhalt aufkommen, selbst wenn das Kind mit ihm im gleichen Haushalt lebte. Dies konnte für das Kind unverheirateter Eltern, die in einer Lebensgemeinschaft lebten, einen unvermittelten Wechsel in der Betreuungssituation bedeuten. In der für das Kind ohnehin schwierigen und verwirrenden Zeit, in der der bestehende Haushalt aufgelöst wird, ist es für das Kind wichtig, ihm in Bezug auf die Betreuung im Alltag zumindest während einer bestimmten Zeit eine gewisse Kontinuität zu garantieren. Bei einer Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes soll damit jedes Kind weiterhin so lange von der Pflege und Erziehung durch einen Elternteil profitieren können, als es zu seinem Wohl erforderlich ist (Botschaft zu einer Änderung des ZGB betr. Kindesunterhalt vom 29. November 2013; BBl 2014 S. 529, S. 541). Aus dem soeben Ausgeführten geht hervor, dass auf das in einem Unterhaltsvertrag (bzw. den zugehörigen "Grundlagen und Genehmigungsantrag", Urk. 5/2) festgehaltene hypothetische Arbeitspensum des hauptbetreuenden Elternteils unter neuem Recht nicht abgestellt werden kann (Urk. 19 S. 11 f.; Urk. 5/2). Entsprechend den Vorgaben der Botschaft ist das Kontinuitätsprinzip (zivilstandsunabhängig) auch im Bereich des Betreuungsunterhalts anzuwenden. Verschiedentlich wird dies zwar kritisiert, weil die vorbestandene Lösung nicht zwingend die beste für das Kind gewesen sein

- 29 - müsse. Indes ist nur schwer zu sehen, inwiefern das Gericht besser als zuvor die Eltern soll beurteilen können, was im konkreten Fall zum besten Wohl des Kindes sei (BGE 144 III 481 E. 4.5. m.H.). Die im gemeinsamen Haushalt (der verheirateten oder unverheirateten Eltern) praktizierte Aufgabenteilung kann nicht in alle Ewigkeit fortgesetzt werden; es würde sonst über die Tatsache hinweggesehen, dass mit der Trennung neue Lebensverhältnisse einhergehen, welche zwangsläufig von denjenigen abweichen, unter denen sich die Eltern auf eine bestimmte Aufgabenteilung verständigt haben. Wie dies schon bislang der Fall war, sind mit- hin – in Abhängigkeit vom Grad der Wiederaufnahme oder Ausdehnung, vom finanziellen Spielraum der Eltern und von weiteren Umständen des Einzelfalles – Übergangsfristen zu gewähren, die nach Möglichkeit grosszügig bemessen sein sollen (BGE 144 III 481 E. 4.6. m.H.). Mit der obligatorischen Einschulung des Kindes (im Kanton Graubünden der eigentliche Schuleintritt, da der Kindergarten grundsätzlich freiwillig ist; Art. 7 Abs. 3 Schulgesetz; BR 421.000) wird der obhutsberechtigte Elternteil in verbindlicher Weise während der betreffenden Zeit von der persönlichen Betreuung entbunden. Das Bundesgericht entschied am 21. September 2018, dass dem hauptbetreuenden Elternteil für den Normalfall bei der obligatorischen Beschulung des jüngsten Kindes eine Erwerbsarbeit von 50 %, ab dessen Eintritt in die Sekundarstufe I eine solche von 80 % und ab dessen Vollendung des 16. Lebensjahres ein Vollzeiterwerb zuzumuten ist (BGE 144 III 481 E. 4.7.6.). In Anwendung dieser Rechtsprechung schöpft die Klägerin derzeit mit einem Arbeitspensum von 50 % ihre Erwerbskapazitäten nebst ihren Betreuungsaufgaben – welchen sie infolge des Kontinuitätsprinzips mindestens im Massnahmeverfahren so weit wie möglich weiter nachkommen können soll – voll aus. Die Klägerin verfügt somit nach wie vor über grössere Eigenbetreuungs- kapazitäten als der Beklagte.

### **E. 3.7**

Bindungstoleranz

#### **E. 3.7.1**

Der Beklagte wirft der Klägerin fehlende Bindungstoleranz vor. Ihr Wegzug mit den Kindern in den Kanton Graubünden sei einzig im Bestreben erfolgt, mit ihm nichts mehr zu tun zu haben und ihm die Kinder zu entfremden. Die

- 30 - von ihr geltend gemachte Gewalt (ihr gegenüber) sei in keiner Weise belegt und diene einzig der Stimmungsmache (Urk. 1 S. 6 und 10; Urk. 31 S. 4, Urk. 51 S. 5).

#### **E. 3.7.2**

Die Klägerin wiederum macht geltend, es sei dem Beklagten immer klar gewesen, dass sie im Falle einer Trennung ins Bündnerland zurückkehren würde. Sie habe im Zeitpunkt der Berufungsantwort jedes zweite Wochenende eine Reise mit dem Zug von ungefähr sechs Stunden nach H. \_\_\_\_\_ und zurück auf sich genommen, um dem Beklagten die Kinder zu bringen. Eine Entfremdungsabsicht werde vehement bestritten (Urk. 19 S. 13 bis 15).

#### **E. 3.7.3**

Zwar trifft es zu, dass die Klägerin verschiedentlich Anfragen des Beklagten nach spontanem Kontakt zu den Kindern abschlägig beantwortete (Urk. 31 S. 6 und 9 und Urk. 33/15 sowie Urk. 51 S. 5 und 53/28). Es kann ihr jedoch nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie sich an die vorinstanzliche Verfügung halten wollte; zumal sie geltend macht, die Kinderpsychiaterin habe ihr mitgeteilt, dass die Kinder dringend Ruhe

bräuchten. Im Übrigen brachte die Klä- gerin die Kinder wie verfügt zu den Besuchen des Beklagten nach H.\_\_\_\_, wo- mit eine Entfremdungsabsicht nicht glaubhaft ist – ebenso wenig wie die Vorwürfe der Klägerin, der Beklagte würde sie stalken (Urk. 35 S. 5).

### **E. 3.8**

Wünsche der Kinder Der Kindesvertreter erklärte, es sei keine Präferenz der Kinder bezüglich Obhut feststellbar. Die Kinder wünschten, dass sie ihren Vater häufig sehen könn- ten (Urk. 15 S. 2 und 4). Die Vorinstanz hörte die Kinder an. Anlässlich der Kin- deranhörung vom 14. Juni 2018 machten die Kinder jedoch deutlich, dass ihre Aussagen vertraulich zu behandeln seien (Prot. I S. 62).

### **E. 3.9**

Fazit Vorliegend erscheinen beide Parteien erziehungsfähig. Jedoch ist ihre Fä- higkeit, miteinander zu kommunizieren und im Hinblick auf die notwendigen orga- nisatorischen Vorkehren zu kooperieren – an die wegen der Schulpflicht der Kin- der und der (nach wie vor) auseinanderliegenden Wohnorte der Kindseltern hohe Anforderungen gestellt werden –, momentan als sehr eingeschränkt zu betrach-

- 31 - ten. Gegen eine alternierende Obhut spricht auch das bislang gelebte Betreu- ungsmodell. Insgesamt sind damit die Voraussetzungen für eine alternierende Obhut – einstweilen – nicht gegeben (die Frage wird, wie von der Vorinstanz zu- treffend dargelegt, im Rahmen des Hauptverfahrens nochmals zu prüfen sein; Urk. 2 S. 20). Die Obhut ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz der Klägerin zuzuteilen. Den Wünschen der Kinder ist im Rahmen eines grosszügigen Be- suchsrechts Rechnung zu tragen.

### **E. 3.10**

Die Vorinstanz berechtigte die Klägerin, den Aufenthaltsort der Klä- ger 1 und 2 nach F.\_\_\_\_ GR zu verlegen (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 5). Der Beklag- te wehrte sich vor Berufungsinstanz anfänglich dagegen und beantragte die Ob- hut für sich. Unterdessen ist er, wie erwähnt, in die Nähe der Kinder nach J.\_\_\_\_ gezogen. Damit muss nicht mehr über den Aufenthaltswechsel der Kinder ge- stützt auf Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB entschieden werden, da der Wechsel des Aufenthaltsortes keine erheblichen Auswirkungen auf die Ausübung der elterli- chen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil mehr hat. Die vorinstanzliche Anordnung ist zufolge Gegenstandslosigkeit ersatzlos aufzu- heben. 4. Persönlicher Verkehr 4.1. Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Was angemessen ist, lässt sich grundsätzlich nur anhand der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Zwecks des Besuchsrechts – dem Kontakt des Kindes zu beiden Elternteilen – bestimmen. Oberste Richtschnur muss auch hier das Kindeswohl sein, allfällige Interessen der Eltern stehen dahinter zurück. Folgende Umstände können bei der Regelung des Besuchsrechts in Betracht zu ziehen sein: Alter des Kindes, Persönlichkeit und Bedürfnisse des Kindes und des Besuchsberechtigten, Beziehung des Kin- des zum Besuchsberechtigten, Beziehung der Eltern untereinander, zeitliche Be- anspruchung bzw. Verfügbarkeit aller Beteiligten, Gesundheitszustand der Betei- ligten, Geschwister, Entfernung bzw. Erreichbarkeit der Wohnorte, Wohnverhält-

- 32 - nisse beim besuchsberechtigten Elternteil (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 6 und 10 m.H.). 4.2. Aufgrund des Alters der Kinder, ihrem Wunsch nach mehr Kontakt zu

ihrem Vater sowie der grundsätzlich guten Beziehung zum Beklagten (Urk. 1 S. 11) ist vorliegend ein grosszügiges Wochenendbesuchsrecht zuzüglich einer regelmässigen Besuchsmöglichkeit unter der Woche (statt wie bislang am Sonntag) festzusetzen. Damit können die Kinder ihren Vater regelmässig sehen und bei oder mit ihm andere Hobbies pflegen, wie zum Beispiel Fussballspielen (Urk. 15 S. 4 f., Urk. 31 S. 4 und Urk. 59 S. 4). Da der Beklagte am Freitagnachmittag zeitlich verfügbar ist und die Klägerin am Montag arbeitet, ist das vierzehntägliche Besuchsrecht jeweils von Freitag, nach Kindergarten- bzw. Schulschluss, bis am Montagmorgen, Kindergarten- bzw. Schulbeginn festzusetzen. Die relative Nähe der Wohnorte der Eltern ermöglicht zudem einen Besuch beim Beklagten unter der Woche. Der Beklagte verfügt über eine 4 ½-Zimmerwohnung (Urk. 26/10), womit den Kindern bei ihm ein eigenes Zimmer zur Verfügung steht. Das Besuchsrecht unter der Woche ist, damit die Kinder nicht zu oft hin und her wechseln müssen, mit Übernachtung festzusetzen. Zu Recht macht die Klägerin geltend, dass die Kinder an ihren freien Nachmittagen die Möglichkeit haben sollen, mit ihren Kameraden in F.\_\_\_\_\_ abzumachen. Ein Besuchsrecht am Mittwochnachmittag in J.\_\_\_\_\_ erscheint deshalb unpraktisch. Es wird vom Beklagten im Zusammenhang mit der Obhutsregelung auch nicht so beantragt. Dort verlangte er, es seien die beiden Kläger von Mittwoch, 18.00 Uhr, bis Samstag, 09.00 Uhr, sowie zusätzlich jede zweite Woche von Samstag, 09.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, unter seine Obhut zu stellen (Urk. 51 S. 2). Damit die Kinder ihren Vater dennoch regelmässig sehen können, ist ein wöchentliches Besuchsrecht von Donnerstag, nach Kindergarten- bzw. Schulschluss, bis Freitag, Kindergarten- bzw. Schulbeginn, festzusetzen. Somit werden die Kinder jedes zweite Wochenende von Donnerstagabend bis Montagmorgen bei ihrem Vater übernachten. 4.3. Weiter fordert der Beklagte, er sei für berechtigt zu erklären, die beiden Kläger während sechs Wochen jährlich mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen (Urk. 51 S. 2). Er beanstandet, dass es angesichts seiner innigen Bezie-

- 33 - hung zu seinen Kindern sowie des Umstandes, dass er sich bis zur Trennung anerkanntermassen täglich mit den Kindern beschäftigt habe, unverständlich sei, weshalb die Vorinstanz festgelegt habe, dass das Ferienbesuchsrecht auf jeweils eine Woche beschränkt sei. Für die Aufrechterhaltung einer intakten Vater-Sohn-Beziehung sei es unabdingbar, dass die beiden Söhne mit ihrem Vater auch einmal längere Zeit am Stück gemeinsam verbringen könnten (Urk. 1 S. 11 f.). Die Vorinstanz begründete die einzeln zu beziehenden Ferienwochen damit, dass die noch jungen Kinder nicht zu lange von der Hauptbezugsperson getrennt werden sollten (Urk. 2 S. 38). Daran ist nichts auszusetzen und der Beklagte setzt sich mit diesem Argument auch nicht auseinander, womit es bei der vorinstanzlichen Anordnung zu bleiben hat. Es wird im Hauptverfahren zu prüfen sein, ab wann das Ferienbesuchsrecht auf mehr als eine Woche am Stück ausgedehnt werden kann. Zudem beantragt der Beklagte Ferien von sechs Wochen, statt wie von der Vorinstanz festgesetzt vier Wochen (Urk. 2 S. 38) und begründet dies damit, dass er die Kinder durch den Umzug ins Bündnerland nur noch zwei Mal pro Monat sehe (Urk. 1 S. 11). Da dem Beklagten vorliegend ein grosszügiges Wochenendbesuchsrecht zuzüglich eines Besuchsrechts unter der Woche zugesprochen wird, ist die vorinstanzliche Ferienregelung von vier Wochen für den Beklagten für das Massnahmeverfahren zu bestätigen. Im Übrigen fordert der Beklagte ein von der vorinstanzlichen Anordnung abweichendes Weihnachtsfeiertagsbesuchsrecht, ohne dies zu begründen (Urk. 1 S. 11 f.). Es hat damit auch bezüglich des Feiertagsbesuchsrechts bei der vorinstanzlichen Regelung sein Bewenden.

## **E. 5**

(Besuchs-)Beistandschaft

### **E. 5.1**

Der Kindsvertreter fordert aufgrund der Probleme bei den Kinderübergaben (sinngemäss) die Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft (Urk. 15 S. 2 f.).

### **E. 5.2**

Auch die Klägerin schilderte Probleme bei den Übergaben der Kinder anlässlich der Besuche (Urk. 19 S. 16 f. und Urk. 21/5). Am 13. März 2019 stellte die Klägerin einen "Antrag auf Erlass von Massnahmen", wonach dem Antrag des Kindsvertreters lic. iur. E. \_\_\_\_\_ auf Bestellung einer Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB für die Kinder umgehend zu entsprechen sei

- 34 - (Urk. 28 S. 2). Es solle umgehend eine neutrale Fachperson bestellt werden, welche die Einhaltung der Betreuungszeiten, die Übergabe der Kinder und den Informationsfluss zwischen den Eltern überwache und begleite (Urk. 28 S. 3). Seit dem Sommer 2018 zeige sich, dass das von der Vorinstanz verfügte Besuchsrecht des Beklagten in der Umsetzung schwierig sei. Die Besuche an jedem zweiten Wochenende fänden zwar regelmässig statt. Es komme aber beinahe bei jeder Übergabe zu Streitigkeiten, weil der Beklagte die Kinder nicht von der Klägerin persönlich entgegennehme, der Klägerin keinesfalls gegenüberzutreten wolle. Deshalb lasse er nur die Tür offenstehen, damit die Kinder alleine ohne die Klägerin in die Wohnung gingen. D. \_\_\_\_\_ könne so allein diese Übergabe nicht machen und sei beispielsweise am ersten Wochenende im Januar 2019 wieder mit der Klägerin nach M. \_\_\_\_\_ zurückgefahren (Urk. 28 S. 4). Zudem beharre der Beklagte auf einer pünktlichen Übergabe gemäss vorinstanzlichem Entscheid, bringe aber selber die Kinder zu früh zurück (Urk. 28 S. 4 f.). Der Beklagte beschimpfte die Klägerin aufs Übelste, auch gegenüber den Kindern; er bevorzuge C. \_\_\_\_\_ gegenüber D. \_\_\_\_\_ (Urk. 28 S. 5 f.). Auch sonst werde man sich über Kinderbelange nicht einig (Übergabe Skihelm, Kindergartengespräch etc.; Urk. 29 S. 6). Nun habe die Klägerin von den Kindern erfahren, dass der Beklagte offenbar in J. \_\_\_\_\_ Wohnsitz genommen habe. Eine solche Kommunikation zwischen den Eltern sei absolut ungenügend. Die Klägerin müsse wissen, ob die Kinder angemessen untergebracht seien (Urk. 28 S. 6). Wie bereits erwähnt, wurde das superprovisorische Begehren der Klägerin auf Errichtung einer Besuchsbeistandschaft mit Verfügung vom 14. März 2019 abgewiesen. Mit Eingabe vom 8. April 2019 schilderte die Klägerin, dass der Beklagte bereits im Februar und mehr als einmal wöchentlich im März 2019 beim Kindergarten der Kläger erschienen sei. Er habe sie vom Kindergartenweg abgeholt und sie ein Stück weit begleitet und beeinflusst. Er habe auf die Kinder eingeredet und ihnen mitgeteilt, dass auch er sie betreuen könne und sie dann nicht zur Tagesmutter für das Mittagessen oder nach dem Kindergarten gehen müssten. Die Kinder würden dadurch verunsichert. Er missbrauche sie auch als Boten für Mitteilungen. So hätten die Kinder beispielsweise am Mittwoch, 27. März 2019, der Klägerin mitteilen müssen, dass sie mit dem Beklagten zum Nachtessen gehen würden, er werde sie abholen. Dieser

- 35 - zusätzliche Besuch unter der Woche sei überhaupt nicht mit ihr abgesprochen worden. D. \_\_\_\_\_ sei mit seinen fünf Jahren überfordert in dieser Situation und wolle dann die Klägerin dabei haben. Wenn der Beklagte sie aber nicht mitnehmen wolle für den Geburtstag, lasse er den Jungen einfach stehen und gehe mit C. \_\_\_\_\_ alleine weg. Diese schwierigen, unvorbereiteten Situationen stürzten die Kinder in schwere Loyalitätskonflikte

(Urk. 35 S. 5 f.). Die Kinder hätten auf diese Anfragen des Beklagten mit grosser Verunsicherung reagiert und besonders D.\_\_\_\_\_ habe wieder mehr Trennungsängste (Urk. 35 S. 13; vgl. auch Urk. 19 S. 9).

### **E. 5.3**

Der Beklagte beantragt die Abweisung des klägerischen Antrags auf Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft (Urk. 31 S. 2). Er ist der Ansicht, dass eine Besuchsrechtsbeistandschaft durch Zusprennung der alternierenden Obhut obsolet werde. Vielmehr sei davon auszugehen, dass sich die Situation bei einer gleichmässigen und klaren Aufteilung von Betreuungs- und Unterhaltsaufgaben massgeblich entspannen werde und eine gegenseitige wertschätzende Kommunikation bezüglich der Kinderbelange möglich werde (Urk. 31 S. 10). Um seine Kinder wenigstens für kurze Zeit unter der Woche sehen zu können, bleibe ihm nichts anderes übrig, als sie ein Stück weit auf ihrem Weg zum oder vom Kindergarten zu begleiten. Die Kinder freue dies. Durch ihr unnachgiebiges Verhalten stürze die Klägerin die beiden Kinder in schwere Loyalitätskonflikte (Urk. 51 S. 6). Seit der Beklagte seine Kinder wenigstens zwei- bis dreimal auf ihrem Schulweg kurz sehen könne, seien die Schwierigkeiten D.\_\_\_\_\_, sich auf seinen Vater einzulassen, schlagartig verschwunden (Urk. 51 S. 8 f.).

### **E. 5.4**

Erfordern es die Verhältnisse, so kann dem Kind ein Beistand beigegeben werden, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt (Art. 308 Abs. 1 ZGB). Dem Beistand können dabei besondere Befugnisse und Aufgaben übertragen werden (Art. 308 Abs. 2 ZGB). Eine wichtige Befugnis, die dem Beistand übertragen werden kann, bildet die Überwachung des persönlichen Verkehrs, welche Möglichkeit in Art. 308 Abs. 2 ZGB ausdrücklich vorgesehen ist. Die Beistandschaft ist eine hoheitliche Kinderschutzmassnahme. Sie zielt auf aktives, autoritatives und kontinuierliches Einwirken auf die Erziehungsarbeit der El-

- 36 - tern und das Verhalten der Kinder ab. Sie greift in die elterliche Sorge ein und schränkt diese entsprechend ein (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 308 N 2). Ordnet der Richter eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB an, so hat er die Pflichten des Beistandes klar zu umschreiben. Es verletzt Bundesrecht, wenn dem Beistand die Aufgabe übertragen wird, das Besuchsrecht anzupassen oder gar festzulegen (BGE 118 II 241 E. 2; BGer 5C.68/2004 vom 26. Mai 2004, E. 2.4). Der Beistand kann mit der Überwachung des persönlichen Verkehrs und der Regelung von Über- und Rückgabe des Kindes im einzelnen betraut werden (BGE 118 II 241 E. 2d). Der Beistand hat im Rahmen der gerichtlich verbindlich festgelegten Besuchsordnung die für einen reibungslosen Verlauf der einzelnen Besuche nötigen Modalitäten (Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft [Art. 308 ZGB], Diss. Freiburg 1996, S. 316 ff.) so festzusetzen, dass Spannungen abgebaut, negative Beeinflussungen vermieden und die Beteiligten bei Problemen beraten werden (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 308 N 14). Die vorsorgliche Errichtung einer Besuchsbeistandschaft (während des Berufungsverfahrens) im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB, welche zur Umsetzung eines vom Beklagten nicht mitgetragenen Besuchsrechts hätte beitragen sollen, wurde vorliegend nicht als zielführend erachtet (vgl. Urk. 29 S. 6). Mit vorliegendem Entscheid wird dem Beklagten zwar ein grosszügiges Besuchsrecht eingeräumt, was zur Beruhigung der Situation beitragen sollte. Nichts desto trotz besteht zwischen den Parteien offensichtlich ein grosses Kommunikationsdefizit und leiden die

Kinder unter den konfliktträchtigen Übergaben. Zudem erscheint es nicht im Wohl der Kinder, mit ihnen Dinge zu besprechen, welche zwischen den Eltern zu klären sind. Auch sollen die Kinder nicht als Botschafter zwischen ihren Eltern dienen müssen. Die Parteien bedürfen einer gewissen Begleitung und Unterstützung, wofür eine Beistandschaft zu errichten sein wird. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB zu errichten und dem Beistand sind die folgenden Aufgaben zu übertragen: Den Parteien in ihrer Sorge für C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ mit Rat und Tat beizustehen; Unterstützung der Parteien bei der Umsetzung der Besuchsregelung; unter Einbezug aller Beteiligten bei Bedarf die Modalitäten des Besuchsrechts (z.B. Regelung des Abholortes, Vor- und Nachholen der Besuche bei Verhinderung

- 37 - etc.) zu überprüfen bzw. zu bestimmen; zwischen den Parteien bei Streitigkeiten betreffend die Kinder zu vermitteln sowie die Kommunikationsfähigkeit der Parteien in Bezug auf die Kinderbelange zu fördern. Der Vollzug der Beistandschaft ist der KESB Nordbünden zu übertragen.

## **E. 6**

Kindesunterhalt

### **E. 6.1**

Vorliegend waren die Eltern von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ nie verheiratet und die Unterhaltsbeiträge wurden durch einen Unterhaltsvertrag nach bisherigem Recht gestützt auf Art. 287 ZGB festgelegt. Gemäss obigen Ausführungen (E. 3.6.2.) kann das Kind unverheirateter Eltern voraussetzungslos eine Neufestlegung des Unterhalts verlangen. Demgemäss geht der Einwand des Beklagten, es stelle sich die Frage nach den erheblich veränderten Verhältnissen (Urk. 1 S. 12) von vornherein fehl und auf unter altem Recht festgehaltene (hypothetische) Arbeitspensen (bzw. die Annahme von hypothetischen Einkommen) kann nicht abgestellt werden. Somit sind das anrechenbare Einkommen des Beklagten und dasjenige der Klägerin zu ermitteln.

### **E. 6.2**

Einkommen Beklagter

#### **E. 6.2.1**

Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten gestützt auf seine schwankenden Einkommen der Jahre 2015 bis 2017 ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 12'000.– (inklusive jährliche Erfolgsbeteiligung am Gewinn der O.\_\_\_\_\_) an. Zusätzlich ausbezahlte Pauschalpensen von durchschnittlich monatlich Fr. 1'393.– rechnete die Vorinstanz nicht als Einkommen an (Urk. 2 S. 45 bis 48).

#### **E. 6.2.2**

Der Beklagte macht zu seinem Einkommen in der Berufungsschrift geltend, er habe im Jahr 2017 monatlich Fr. 11'257.– bzw. jährlich Fr. 139'884.80 (inkl. Kinderzulagen) verdient; 2016 sei sein Lohn ungefähr gleich hoch gewesen. Er habe dazu regelmässig zwischen zehn und elf Stunden gearbeitet. 2018 sei dies familiär bedingt nicht mehr möglich gewesen; er sei dazu auch nicht verpflichtet. Der Lohn 2017 sei also um 20 % zu kürzen, was monatlich netto Fr. 9'000.– ergebe (Urk. 1 S. 13). Ab August (2018) habe sich der Umsatz und damit sein Einkommen markant verschlechtert. Einerseits seien im Zuge einer

- 38 - Restrukturierung zwei neue Mitarbeiter eingestellt worden, wodurch ihm zwei Gebiete und wichtige Geschäftsbeziehungen verlustig gegangen seien. Andererseits sei er durch den Entscheid der Vorinstanz kaum noch in der Lage zu arbeiten. Hinzu sei eine eigentliche Erschöpfung gekommen, hervorgerufen dadurch, dass er aufgrund des akuten Krankheitsschubes der Klägerin über Monate hinweg sowohl die volle Erwerbsarbeit als auch die vollständige Betreuung der beiden Kinder mitsamt Besorgung des ganzen Haushaltes alleine zu bewältigen gehabt habe. Der Beklagte sei (im Berufungszeitpunkt) seit dem 26. September 2018 nur noch teilweise arbeitsfähig. Sein Nettoeinkommen sei entsprechend ab 1. Juli 2018 auf Fr. 9'000.– und ab 1. Oktober 2018 auf Fr. 7'320.– zu veranschlagen (Urk. 1 S. 14). Im weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens machte der Beklagte geltend, dass sein bisheriges Anstellungsverhältnis per 28. Februar 2019 geendet habe (Urk. 24 S. 2). Es sei an der neuen Arbeitsstelle im Kanton Graubünden von seinem im April 2019 erzielten Nettoeinkommen von Fr. 5'515.85 auszugehen (Urk. 39 und 41/21). Dabei sei zu berücksichtigen, dass sein Kundenstamm halb so gross wie derjenige in P. \_\_\_\_\_ sei. Zudem sei er im Bündnerland nicht vernetzt. Es sei ausgeschlossen, dass er in J. \_\_\_\_\_ jemals auch nur annähernd ein vergleichbares Einkommen wie im Unterland zu erzielen in der Lage sei. In P. \_\_\_\_\_ sei er aufgewachsen und ausgesprochen gut vernetzt gewesen, weshalb er von persönlichen Kontakten überdurchschnittlich stark habe profitieren können. Er müsse sich in J. \_\_\_\_\_ zuerst einarbeiten und neue Kundenkontakte in einem unbekanntem Gebiet herstellen (Urk. 51 S. 7).

### **E. 6.2.3**

Die Klägerin ist der Meinung, dass der Beklagte sein Einkommen im Wissen um seine Unterhaltspflichten auf 80 % reduziert habe. Ihm sei deshalb weiterhin ein Einkommen aus einer 100 %-Erwerbstätigkeit anzurechnen. Nach Wissen der Klägerin erhalte bei der O. \_\_\_\_\_ Versicherung jeder Mitarbeiter einen Kundenstamm zugewiesen. Was der einzelne Mitarbeiter daraus mache, sei seine Entscheidung. In diesem Sinne sei auch keine Anlaufzeit notwendig. Da der Beklagte firmenintern gewechselt habe, werde ihm dies weiter helfen, er kenne die Philosophie der O. \_\_\_\_\_ und die Computerprogramme. Es sei davon auszu-

- 39 - gehen, dass er in M. \_\_\_\_\_ an den Erfolg in Zürich anknüpfen könne (Urk. 35 S. 7 und 9).

### **E. 6.2.4**

Mit Beschluss vom 6. Mai 2019 wurden die Parteien infolge ungenügender Unterlagen betreffend ihre strittigen Löhne zur Einreichung von Urkunden aufgefordert. Dem Beklagten wurde Frist angesetzt, um unter anderem den Lohnausweis 2018 sowie sämtliche Lohnabrechnungen seit Januar 2018, soweit sie noch nicht eingereicht worden waren, einzureichen. Im Beschluss wurde aufgeführt, welche Lohnabrechnungen sich im damaligen Zeitpunkt bereits bei den Akten befanden (Urk. 43 S. 3: Januar 2018, März bis Mai 2018, August bis Dezember 2018, Januar 2019 sowie April 2019). Weiter wurde der Beklagte darauf hingewiesen, dass er im Falle eines Verweigerungsrechts nach Art. 163 ZPO, dem Gericht innert Frist Auskunft über die Verweigerungsgründe zu geben habe. Schliesslich wurde festgehalten, dass wenn der Beklagte die Mitwirkung unberechtigterweise verweigert, dies bei der Beweiswürdigung gemäss Art. 164 ZPO berücksichtigt wird (Urk. 43 Dispositiv-Ziffer 5). Er reichte daraufhin die Lohnabrechnungen Februar und März 2019 zu den Akten (Urk. 53/22), ohne sich dazu zu äussern,

weshalb er darauf verzichtete, die fehlenden Lohnabrechnungen für die Monate Februar, Juni und Juli 2018 und den Lohnausweis 2018 sowie die Lohnabrechnung Mai 2019 einzureichen. Verweigert eine Partei die Edition eines bestimmten Dokumentes, obwohl feststeht, dass es in ihrem Besitz ist, wird regelmässig anzunehmen sein, dass es den von der Gegenpartei behaupteten Inhalt aufweist. Das Bundesgericht sieht in Art. 164 ZPO keine Vorgabe, welche Schlüsse das Gericht bei der Beweiswürdigung aus einer Mitwirkungsverweigerung ziehen soll. Insbesondere ist nicht vorgeschrieben, dass das Gericht ohne weiteres auf die Wahrheit der Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei schliesse. Der Umstand der unberechtigten Mitwirkungsverweigerung solle bei der freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO einfließen. Die Weigerung solle sich zwar zu seinen Ungunsten auswirken, der Nachteil dürfe aber nicht weitergehen als notwendig (BSK ZPO-Schmid, Art. 164 N 2 mit Verweis auf BGE 140 III 264 E. 2.3). Nachdem die Vorinstanz dem Beklagten gestützt auf dessen schwankende Nettoeinkommen der Jahre 2015 bis 2017 einen monatlichen Durchschnittslohn von netto rund Fr. 12'000.– anrechnete, muss davon ausgegangen werden,

- 40 - dass sich das Einkommen des Beklagten auch im Jahr 2018 in dieser Höhe bewegte, andernfalls er den Lohnausweis 2018 eingereicht hätte. Zwar machte der Beklagte geltend, in der zweiten Jahreshälfte 2018 gesundheitlich angeschlagen gewesen zu sein. Aktenkundig war er vom 26. September bis 22. Oktober 2018 zu 50 % krankgeschrieben (Urk. 5/8). Da insbesondere der Lohnausweis 2018 nicht eingereicht wurde, kann jedoch nicht geprüft werden, inwieweit statt des Lohnes die Provisionsausfallentschädigung (PAE) der O. \_\_\_\_\_ zum Tragen kam. Zusätzlich scheinen ihm Krankentaggelder ausbezahlt worden zu sein (Urk. 53/22; vgl. Urk. 26/12 S. 5). Aufgrund der Verweigerung des Beklagten liegt der Schluss nahe, dass er in den nicht offen gelegten Monaten Februar, Juni und Juli 2018 einen Lohn generierte, der auch im Jahr 2018 einen durchschnittlichen Nettomonatslohn von rund Fr. 12'000.– ergab (vgl. Urk. 56 S. 7 und 9 f.). Die bei den Akten liegenden Lohnabrechnungen ergeben einen Nettoverdienst von insgesamt Fr. 87'828.80 (Urk. 7/34/50, 7/40/71; Urk. 5/6 und 26/13). Er hätte damit in den fehlenden drei Monaten insgesamt rund Fr. 56'000.– bzw. monatlich rund Fr. 18'600.– verdienen müssen. Dies erscheint hoch, aber ist nicht unmöglich, wie beispielsweise ein Blick auf den Monat März 2018 zeigt, als der Beklagte netto Fr. 14'110.70 verdiente (ohne Weiterbildungs- oder Erfolgsbeteiligungen wie in den Monaten April und Mai 2019; Urk. 7/40/71). Auch bezüglich seines Lohnes für das Jahr 2019 bemühte sich der Beklagte nicht um Transparenz. Mit Eingabe vom 5. März 2019 reichte er die Lohnabrechnungen der Monate Oktober 2018 bis Januar 2019 ein und machte geltend, daraus gehe hervor, dass er offensichtlich nicht in der Lage sei, die von der Vorinstanz festgesetzten Unterhaltsbeiträge aus seinem Erwerbseinkommen zu bestreiten (Urk. 24 S. 3). Die Lohnabrechnungen weisen folgende Nettoverdienste aus: Oktober 2018 Fr. 6'316.–, November 2018 Fr. 7'990.30, Dezember 2018 Fr. 8'181.30 und Januar 2019 Fr. 1'411.45 (Urk. 26/13; vgl. dazu auch Urk. 35 S. 9). Erst auf den Beweisbeschluss vom 6. Mai 2019 hin reichte der Beklagte die Lohnabrechnungen vom 14. Februar und 20. März 2019 ein, welche Nettoverdienste von Fr. 9'708.45 und Fr. 8'316.85 (im März nach Hinzurechnung von in Abzug gebrachten Weiterbildungskosten von Fr. 7'548.30) ausweisen (Urk. 53/22). Der Beklagte machte auch keinerlei Ausführungen dazu, weshalb es

- 41 - ihm mit Eingabe vom 31. Mai 2019 nicht möglich war, die Lohnabrechnung für Mai 2019 einzureichen und weshalb ihm im März 2019 Lohn ausbezahlt wurde, nachdem er

ausgeführt hatte, dass sein Arbeitsverhältnis in P. \_\_\_\_\_ per Ende Februar 2019 beendet worden sei (Urk. 51; vgl. Urk. 56 S. 9 f.). Im Gegenteil versuchte er zuerst, seinen Lohn gemäss neuem Arbeitsvertrag um 20 % auf Fr. 68'800.– reduziert darzustellen (Urk. 24 S. 3; vgl. Urk. 30 S. 1), obschon der im arbeitsvertraglich zugesicherte Mindestlohn von Fr. 86'000.– bereits auf ein 80 %-Pensum ausgelegt ist. Dies alles lässt erhebliche Zweifel an den beklagten Ausführungen zu seinem Lohn aufkommen. Gemäss neuem Arbeitsvertrag (Urk. 26/12) setzt sich das Salär des Beklagten bei einer 80 %-Tätigkeit wie folgt zusammen: Er erhält eine Betreuungsschädigung (BE) inklusive fixe Spesen von Fr. 31'992.–. Die Betreuungsschädigung beträgt bei einem 100 %-Pensum gemäss Ziffer 6.1 des Arbeitsvertrages mit einer fixen Entschädigung pro Jahr Fr. 25'440.– für ein Vollpensum bzw. bei 80 % Fr. 20'352.–. Hinzu kommen die fixen Spesen, die gemäss Ziffer 6.4.1 des Arbeitsvertrages Fr. 11'640.– pro Jahr betragen und gemäss Ziffer 7 letzter Absatz auch bei Teilzeitarbeit zu 100 % ausgerichtet werden. Hinzu kommt eine Verkaufsschädigung (VE) inkl. Provisionsausfallsentschädigung bei Verhinderung und bei Ferien (PAE) von Fr. 54'008.–. Die VE entschädigt die Tätigkeit im Verkauf von neuen bzw. der Erweiterung oder Verlängerung von Versicherungsverträgen (Ziffer 6.2 Arbeitsvertrag). Die effektiv verdiente VE, PAE und Leistungsschädigung (LE) werden Ende Jahr mit dem Garantiesaldo innerhalb des Kontos VE verrechnet. Der allfällige resultierende Überschuss wird ausbezahlt (Arbeitsvertrag Ziffer 8 letzter Absatz, Seite 5 oben). Die Klägerin weist zu Recht darauf hin, dass der Vertrag keine Pflicht des Arbeitnehmers nenne, eine eventuell zu viel bezahlte VE oder PAE zurückzubezahlen. In der Einkommensgarantie von Fr. 86'000.– nicht enthalten sind hingegen die zusätzlich ausgerichtete Leistungsschädigungen (LE), die den Versicherungsberater für Anstrengungen bei der Erreichung qualitativ und quantitativ guter Ergebnisse entschädigen (Ziffer 6.3 Arbeitsvertrag und Urk. 53/26: Regulativ Leistungsschädigung 2019). Überschlagsmässig scheint (ausgelegt auf ein Vollzeitpensum; Urk. 53/26 S. 4) maximal eine Leistungsschädigung von rund Fr. 25'000.– erzielbar zu sein. Weiter

- 42 - sind in der Einkommensgarantie von Fr. 86'000.– die variablen Spesen, welche ebenfalls als Pauschale mit 10 % der Verkaufsschädigung monatlich ausbezahlt werden (Ziff. 6.4.2 des Arbeitsvertrages), nicht enthalten (vgl. Urk. 35 S. 7 f.). Der Beklagte verdiente bislang rund Fr. 12'000.– netto. Zu Recht macht er allerdings geltend, dass die Vorinstanz bei der Berechnung seines Durchschnittslohnes gestützt auf die Jahre 2015 bis 2017 im Jahr 2017 bei der Ermittlung seines Nettolohnes fälschlicherweise die Kinderzulagen nicht in Abzug brachte (Urk. 1 S. 13). Nach Abzug der Kinderzulagen (24 x Fr. 200.– = Fr. 4'800.–) beträgt sein Nettolohn im Jahr 2017 Fr. 135'084.80 (Urk. 7/34/49). Zusammen mit den Nettoeinkommen des Jahres 2015 von Fr. 150'836.45 (Urk. 7/45/74) und des Jahres 2016 von Fr. 141'215.85 (Urk. 7/45/73) ergibt dies einen monatlichen Durchschnittslohn von rund Fr. 11'865.–. Der Beklagte setzt sich mit der zutreffenden Erwägung der Vorinstanz, wonach bei schwankenden Einkommen in der Regel auf den Durchschnittswert von drei Jahren abzustellen sei (Urk. 2 S. 45), nicht auseinander. Stattdessen möchte er ohne weitere Begründung das tiefste Einkommen dieser Jahre als Ausgangspunkt für eine prozentuale Kürzung heranziehen. Allerdings bewegte sich der urkundlich belegte Nettoverdienst ab Juli 2018 bis April 2019 nur noch zwischen Fr. 1'411.45 (Urk. 26/13) und Fr. 9'708.45 (Urk. 53/22), wobei die Lohnabrechnungen für die Monate Juli 2018 und Mai 2019 nicht vorliegen und auch nicht auszuschliessen ist, dass weitere Lohnabrechnungen existieren (siehe die Lohnabrechnung März 2019 für einen Zeitraum, in dem der Beklagte gemäss eigenen Angaben nicht mehr arbeitstätig war). Der

Beklagte senkte sein Arbeitspensum eigenmächtig auf 80 %, was grundsätzlich nicht zu schützen ist (vgl. BGE 143 III 233 E. 3.4). Allerdings ist sein Umzug in den Kanton Graubünden, um seine Kinder öfter sehen zu können (vgl. Urk. 7/44 S. 4), nachvollziehbar. Auch erscheint eine gewisse Reduktion seines Einkommens glaubhaft, in H.\_\_\_\_\_ infolge einer teilweisen Krankschreibung (Urk. 5/8) und in J.\_\_\_\_\_ wegen des verringerten Arbeitspensums sowie des kleineren Verkaufsbereiches (Urk. 53/27). Allerdings wird aus der Bestätigung des Generalagenten von M.\_\_\_\_\_ "zu Handen der zuständigen Gerichtsstanz" nicht klar, ob mit dem neueren, kleineren Gebiet bzw. Portefeuille des Beklagten der Vergleich zu

- 43 - P.\_\_\_\_\_ (dem früheren Einsatzort) oder zu M.\_\_\_\_\_ (dem zuerst vertraglich vereinbarten neuen Einsatzort) gemacht wird. Alles in allem rechtfertigt es sich, dem Beklagten beweismässig während der ganzen vorliegend relevanten Unterhaltungsperiode 80 % seines früheren Einkommens von Fr. 11'865.– und damit gerundet Fr. 9'500.– als monatliches Nettoeinkommen anzurechnen. Dieses Einkommen reicht für alle Unterhaltungsphasen zur Deckung des (Not-)Bedarfs der Kinder sowie ihres Betreuungsunterhaltes. Damit kann die Frage offengelassen werden, ob der Beklagte andernfalls kurzfristig sein Vermögen zur Deckung der Unterhaltsbeiträge anzuzehren hätte (er deklarierte in der Steuererklärung 2016 ein Wertschriften- und Guthaben-Vermögen von knapp Fr. 300'000.– [Urk. 7/34/47]).

## **E. 6.3**

Einkommen Klägerin

### **E. 6.3.1**

Wird einer Partei ein hypothetisches Einkommen angerechnet, ist dies grundsätzlich nur für die Zukunft und nicht rückwirkend möglich (vgl. statt vieler OGer ZH LE170065 vom 16.04.2018, E. IV.B.4.2.4). Darüber hinaus ist dem Betroffenen hinreichend Zeit zu lassen, die rechtlichen Vorgaben in die Tat umzusetzen. Somit ist bis zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine dem Zweck und den Umständen angemessene Übergangsfrist einzuräumen (BGE 129 III 417 E. 2.2; BGE 114 II 13 E. 5). Ein von dem erwähnten Grundsatz abweichender Entscheid, mit dem ein hypothetisches Einkommen ohne Umstellungsfrist oder gar rückwirkend angerechnet wird (wie dies der Beklagte fordert), rechtfertigt sich bloss bei Vorliegen von besonderen Umständen, so wenn der betroffenen Partei ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden muss oder wenn die geforderte Umstellung und das Erfordernis eines vermehrten beruflichen Einsatzes für sie klar vorhersehbar waren (BGer 5A\_549/2017 vom 11. September 2017, E. 4; BGer 5A\_184/2015 vom 22. Januar 2016, E. 3.2). Diese Voraussetzbarkeit kann grundsätzlich frühestens mit der Zustellung des erstinstanzlichen Entscheids bejaht werden (OGer ZH LY170039 vom 16.05.2018, E. III.B.3.1.7; OGer ZH LE170065 vom 16.04.2018, E. IV.B.4.2.4; OGer ZH LE150010 vom 09.07.2015, E. III.C.3.3.).

- 44 -

### **E. 6.3.2**

Die Vorinstanz hat sich bei der Berechnung des Unterhalts noch an die sog. "10/16-Regel" gehalten und der Klägerin kein hypothetisches Einkommen angerechnet. Gemäss dieser für den Fall einer ehelich gelebten klassischen Rollenenteilung entwickelten Rechtsprechung war im Trennungsfall dem die Obhut übernehmenden Elternteil ein Erwerbspensum von 50

% erst zumutbar, wenn das jüngste Kind 10 Jahre alt, und ein solches von 100 %, sobald dieses 16 Jahre alt ist (BGE 144 III 481 E. 4.2). Wie bereits erwähnt (E. 3.6.2.) entwickelte das Bundesgericht in der oben zitierten Entscheidung vom 21. September 2018 das sog. "Schulstufenmodell". Der angefochtene Entscheid des Bezirksgerichts Bülach ist zwar noch vor dieser neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung ausgefällt worden. Dennoch ist diese vorliegend in allen Teilen anzuwenden (vgl. BGer 5A\_875/2017 vom 6. November 2018, E. 4.2.3 m.H.). Gründe für eine Abweichung von diesen neuen Richtlinien des Bundesgerichts sind vorliegend nicht erkennbar. Die Klägerin hat per 15. März 2019 eine Stelle als Krankenpflegerin FA SRK im N. \_\_\_\_\_ in M. \_\_\_\_\_ angenommen (Urk. 38/1). Die beiden Kinder der Parteien besuchen unterdessen die erste Klasse sowie den zweiten Kindergarten. Damit schöpft die Klägerin ihre Erwerbsfähigkeit, wie ebenfalls bereits erwähnt, aus. Nach dem "Schulstufenmodell" kann von ihr im Rahmen des Massnahmeverfahrens kein höheres Arbeitspensum erwartet werden. Es besteht in Anwendung der in E. 6.3.1. zitierten Rechtsprechung auch kein Anlass, ihr rückwirkend ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Die Klägerin verdient monatlich netto Fr. 2'158.35 (Urk. 45/1). Dieser Lohn wird ihr 13 mal ausbezahlt (Urk. 38/1). Ihr ist somit ab Mitte März 2019 ein monatlicher Nettolohn von gerundet Fr. 2'340.– anzurechnen (Fr. 2'158.35 x 13 : 12; vgl. Urk. 1 S. 12 f.).

## **E. 6.4**

Bedarf der Parteien

### **E. 6.4.1**

Einerseits beanstandet der Beklagte folgende Positionen der vorinstanzlichen Bedarfsrechnung (Urk. 1 S. 14 f.): a) Er macht geltend, seine Krankenversicherungskosten würden gemäss Urk. (7/54/46 (recte: 7/34/56) Fr. 243.10 betragen (Urk. 1 S. 14). Gemäss Urk. 7/34/56 beträgt seine halbjährliche Nettoprämie (nach Abzug von verteilten Umweltabgaben und Rabatt bei halbjährlicher Zahlung vor Verfallstag)

- 45 - Fr. 1'443.60. Der Beklagte macht nicht geltend, weshalb er nicht vom Rabatt profitieren können. Geteilt durch sechs Monate ist mit der Vorinstanz von Krankenversicherungskosten gemäss KVG des Beklagten von (aufgerundet) Fr. 241.– auszugehen. b) Weiter beanstandet der Beklagte, die Krankheitskosten der Klägerin seien mangels Belegen nicht zu berücksichtigen. Oder aber man müsste bei ihm aus Gleichbehandlungsgründen den bei der Klägerin berücksichtigten Betrag von Fr. 60.– in der gleichen Höhe berücksichtigen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass ihm aufgrund der eingetretenen Arbeitsunfähigkeit erhebliche Krankheitskosten bereits entstanden seien respektive entstehen würden (Urk. 1 S. 14). Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten Gesundheitskosten von Fr. 70.– und der Klägerin solche von Fr. 60.– an und begründete dies detailliert (Urk. 2 S. 50 bis 52). Einerseits geht die Rüge des Beklagten ins Leere, da ihm höhere Gesundheitskosten als der Klägerin angerechnet wurden. Andererseits setzt er sich bezüglich den auf Seiten der Klägerin fehlenden Belegen nicht mit der Argumentation der Vorinstanz auseinander und kommt damit seinen Rügeobliegenheiten nicht nach. Auch bezüglich der Gesundheitskosten bleibt es damit bei den vorinstanzlich festgesetzten Beträgen. c) Der Beklagte fordert, für auswärtige Verpflegung seien in seinem Bedarf monatlich Fr. 330.– zu berücksichtigen. Seit die beiden Kinder nicht mehr bei ihm wohnten, habe er keine Veranlassung mehr, über Mittag nach Hause zu gehen. Er verpflege sich im Restaurant, wofür Mehrkosten von Fr. 15.– pro Arbeitstag anfielen (Urk. 1 S. 15). Für

auswärtige Verpflegung ist bei Nachweis von Mehrauslagen ein Zuschlag von Fr. 5.– bis Fr. 15.– für jede Hauptmahlzeit zu gewähren (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich zur Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 und ZR 84 [1985] Nr. 68). Damit ist bei durchschnittlich 22 Arbeitstagen ein Zuschlag für auswärtige Verpflegung von höchstens Fr. 330.– im Bedarf zu berücksichtigen. Dieser Betrag scheint gerechtfertigt, da die Arbeitgeberin des Beklagten gemäss Steuererklärung 2016 die Verpflegung nicht verbil-

- 46 - ligt (Urk. 7/34/47). Es sind dem Beklagten somit für auswärtige Verpflegung für ein 80 %-Pensum Fr. 265.– im Bedarf zu veranschlagen. d) Schliesslich macht der Beklagte geltend, die ihm von seiner Arbeitgeberin vergüteten Spesen würden deutlich tiefer ausfallen als die ihm effektiv entstandenen Auslagen (unter Verweis auf E. 3.2.8. der angefochtenen Verfügung). Wie die Vorinstanz vor diesem Hintergrund zum Schluss komme, dass dem Beklagten kein Betrag für Mobilitätskosten zuzusprechen sei, sei nicht nachvollziehbar. Weshalb von den Steuerbehörden anerkannte Abzüge im Rahmen einer gerichtlichen Bedarfsrechnung nicht zu berücksichtigen sein sollten, sei unverständlich. Beim Beklagten seien für Mobilitätskosten Fr. 600.– zu berücksichtigen und der Kilometeransatz sei mit mindestens Fr. –.70 zu veranschlagen (Urk. 2 S. 15). Auch hier setzt sich der Beklagte nicht redlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander. Die Vorinstanz kam bei der Prüfung der Frage, ob die Pauschalspesen als Lohnbestandteil zu qualifizieren seien, zum Schluss, dass die vom Beklagten in den Jahren 2015 bis 2017 gegenüber dem Steueramt geltend gemachten Berufsauslagen – die höher ausfielen, als die ihm durchschnittlich vergüteten Pauschalspesen in der Höhen von Fr. 16'717.– pro Jahr – als überhöht bzw. nicht gerechtfertigt erscheinen würden (Urk. 2 S. 47 f.). Mit diesen Erwägungen setzt sich der Beklagte nicht auseinander. Nachdem er vor Vorinstanz selber ausführte, für seine Fahrten zum Arbeitsplatz eine Spesenentschädigung in der Höhe von Fr. 600.– zu erhalten (Urk. 2 S. 52 unter Verweis auf Prot. I S. 46) können dem Beklagten – welchem die Pauschalspesen nicht als Einkommen angerechnet wurden – keine Mobilitätskosten angerechnet werden. Es ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass Spesen dann nicht zum Einkommen gehören, wenn mit ihnen reale Auslagen ersetzt werden, die dem Arbeitnehmer-Ehegatten entstehen. Ist das nicht der Fall, so muss der Spesenersatz unabhängig von der arbeitsvertraglichen Regelung wie ein Lohnbestandteil behandelt werden (ZK- Bräm/Hasenböhrer, Art. 163 N 72). Bei Pauschalspesenvergütungen kann es sich auch um verdeckte Lohnzahlungen handeln. Auf jeden Fall muss substantiiert und hinreichend glaubhaft gemacht werden, was für Auslagen tatsächlich anfallen. Dies unterliess der Beklagte (Urk. 2 S. 48).

- 47 -

#### **E. 6.4.2**

Andererseits sind – obschon von keiner Partei (explizit) vorgebracht bzw. beantragt – aufgrund der in Kinderbelangen geltenden Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3) folgende Bedarfspositionen aufgrund der seit dem erstinstanzlichen Entscheid veränderten Verhältnisse anzupassen: a) Wohnkosten Beklagter: Die Vorinstanz berücksichtigte beim Kläger Wohnkosten von Fr. 1'595.– für die von ihm in H.\_\_\_\_\_ selber bewohnte Eigentumswohnung (Urk. 2 S. 49 f.). Der Beklagte mietete anfangs Oktober 2018 ab dem 1. Februar 2019 eine Wohnung in J.\_\_\_\_\_ für einen monatlichen Mietzins von brutto Fr. 1'450.– (Urk. 26/10) sowie einen Parkplatz für Fr. 40.– (Urk. 26/11), was einem Monatsmietzins von Fr. 1'490.– entspricht. Der Beklagte macht keinerlei Angaben, ob er

seine Eigentumswohnung infolgedessen vermietet bzw. verkauft hat. Da er den Umzug von längerer Hand geplant hat, wäre ihm zumindest eine Vermietung möglich. Zu Recht macht er auch nicht geltend, ihm seien beide Wohnungen anzurechnen. Zwecks Vermeidung von zu vielen Unterhaltsphasen ist die Anpassung aufgrund einer im summarischen Verfahren zulässigen Pauschalisierung ab 1. April 2019 vorzunehmen, dem Zeitpunkt, ab dem der Klägerin erstmals für einen ganzen Monat ein eigenes Einkommen angerechnet wird.

b) Da die Klägerin seit dem 15. März 2019 einer Arbeitstätigkeit im Pensum von 50 % nachgeht, sind in ihrem Bedarf Kosten für ihren Arbeitsweg und die auswärtige Verpflegung zu berücksichtigen. Zwecks Gleichbehandlung mit dem Beklagten sind bei ihr Essenkosten von Fr. 165.– (50 % von Fr. 330.–) und Fahrkosten zu berücksichtigen. Die Klägerin verfügt offenbar über ein Auto (Urk. 7/37A). Es rechtfertigt sich, die Anzahl der von der Klägerin monatlich beruflich gefahrenen Kilometer zu schätzen und diese mit dem von den (Zürcher) Steuerbehörden verwendeten Ansatz von Fr. 0.70 zu multiplizieren (vgl. Verfügung der Finanzdirektion über die Pauschalisierung von Berufsauslagen Unselbständigerwerbender bei der Steuereinschätzung vom 19. April 2018, LS 631.33). Sie legt den Weg F.\_\_\_\_\_ - M.\_\_\_\_\_ - F.\_\_\_\_\_ drei mal wöchentlich zurück sowie an einem Wochenende pro Monat (vgl. Urk. 35 S. 13). Der Arbeitsweg der Klägerin beträgt gemäss Google Maps hin und zurück 12.8 Kilometer. Damit sind der Klägerin ab 1. April 2019 monatlich Fr. 125.– ( $12.8 \text{ km} \times 3 \times 4 + 12.8 \text{ km} \times 2 = 179.2 \text{ km}$  à Fr.  $179.2 \times 0.70 = 125.44$ ) für Fahrkosten in ihrem Bedarf zu berücksichtigen.

c) Ebenfalls infolge der Arbeitstätigkeit der Klägerin fallen seit dem 4. März 2019 Fremdbetreuungskosten für die Tagesfamilie an (Urk. 38/2+3). C.\_\_\_\_\_ wird gemäss dem bei den Akten liegenden Betreuungsvertrag dreimal von 07.15 Uhr bis 08.00 Uhr und zweimal von 11.45 Uhr bis 13.30 Uhr sowie einmal von 11.45 Uhr bis 18.00 Uhr betreut, was wöchentlich zwölf Stunden entspricht (Urk. 38/2). D.\_\_\_\_\_ wird dreimal von 07.15 Uhr bis 08.00 Uhr, dreimal von 11.45 Uhr bis 13.30 Uhr sowie einmal von 15.30 Uhr bis 18.00 Uhr betreut, was wöchentlich zehn Stunden ergibt (Urk. 38/3). Insgesamt fallen pro Woche 22 Stunden zu Fr. 6.65 an, was Fr. 146.30 ergibt. Da die Kinder vier Wochen beim Beklagten in den Ferien verbringen und davon auszugehen ist, dass sie zusätzlich vier Wochen mit der Klägerin in den Ferien weilen, ist der Betrag von Fr. 146.30 mit 44 zu multiplizieren und durch 12 zu teilen, was monatliche Kosten von rund Fr. 540.– ergibt. Hinzu kämen Entschädigungen für Mahlzeiten (Urk. 32/2+3). Da die Klägerin diesbezüglich keine Ausführungen macht und ein Grossteil dieser Kosten durch den Grundbetrag abgedeckt sein dürften sowie die Knaben einerseits durch zunehmende Tagesstrukturen sowie den Umstand, dass der Beklagte sie am Montagmorgen bis Schulbeginn betreut, immer weniger Fremdbetreuung benötigen werden, kann auf die Hinzurechnung von Mahlzeitenentschädigungen verzichtet werden. Die Fremdbetreuungskosten sind der Einfachheit halber je hälftig, d.h. je im Betrag von Fr. 270.–, auf die beiden Knaben zu verteilen.

d) Die von der Vorinstanz angerechneten Fahrkosten, die im Zusammenhang mit der Umsetzung des Besuchsrechts anfielen, entfielen spätestens ab 1. April 2019 (vgl. Urk. 24 S. 2).

e) Die steuerliche Belastung steht im Zeitpunkt des gerichtlichen Entscheides regelmässig noch nicht fest. Sie kann nur geschätzt oder im Rahmen der Überschussaufteilung berücksichtigt werden. Im summarischen Massnahmeverfahren kann grundsätzlich nicht verlangt werden, dass das Gericht eine exakte Berechnung der zu bezahlenden Steuern vornimmt. Ausgehend von den neu

- 49 - festzusetzenden (tieferen) Kinderunterhaltsbeiträgen (s. E. 6.5.unten) und den den Parteien anzurechnenden Einkommen (welche auf Seiten des Beklagten tiefer und auf Seiten der Klägerin ab Frühjahr 2019 höher sind) erweisen sich die von der Vorinstanz angerechneten (und im Berufungsverfahren unbeanstandet gebliebenen) Steuerbetreffnisse auf Seiten der Klägerin von Fr. 100.– und auf Seiten des Beklagten von Fr. 1'000.– als nach wie vor angemessen. Entsprechend präsentiert sich der Bedarf der Parteien wie folgt (Änderungen fett): Beklagter: Klägerin: C. \_\_\_\_\_: D. \_\_\_\_\_: Grundbetrag: Fr. 1'200.– Fr. 1'350.– Fr. 400.– Fr. 400.– Wohnkosten inkl. Neben- Fr. 1'595.– Fr. 1'050.– Fr. 250.– Fr. 250.– Kosten (ohne Stromkosten- (ab 1.4.19 ten): Fr. 1'490.–) Krankenkasse (nur KVG, bei Fr. 241.– Fr. 218.– Fr. 88.– Fr. 69.– Klägerin mit IPV): Zusatzversicherung (VVG): Fr. 53.– Fr. 57.– Fr. 64.– Fr. 37.– Gesundheitskosten: Fr. 70.– Fr. 60.– Fr. 0.– Fr. 0.– Haftpflicht- Fr. 50.– Fr. 30.–/Mobilierversicherung: Kommunikation und Medien: Fr. 75.– Fr. 150.– Fr. 0.– Fr. 0.– Arbeitsweg/Mobilität: Fr. 0.– Fr. 0.– (ab 1.4.19 Fr. 125.–) Auswärtige Verpflegung: Fr. 265.– Fr. 0.– (ab 1.4.19 Fr. 165.–) Fremdbetreuung: Fr. 0.– Fr. 0.– (ab 1.4.19 (ab 1.4.19 Fr. 270.–) Fr. 270.–) Freizeit: Fr. 0.– Fr. 0.– Fr. 0.– Fr. 0.– Fahrtkosten Besuchsrecht: Fr. 475.– Fr. 115.– (ab 1.4.19 (ab 1.4.19 Fr. 0.–) Fr. 0.–) Steuerbelastung: Fr. 1'000.– Fr. 100.– Total bis 31. März 2019: Fr. 5'024.– Fr. 3'130.– Fr. 802.– Fr. 756.– Total ab 1. April 2019: Fr. 4'444.– Fr. 3'305.– Fr. 1'072.– Fr. 1'026.–

- 50 -

## **E. 6.5**

### Unterhaltsberechnung

#### **E. 6.5.1**

Nach Art. 285 Abs. 1 ZGB soll der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen. Eigentliche Regeln zur Berechnung und Bemessung des Unterhalts enthält das Gesetz nicht. Unbestritten ist, dass der Kindesunterhalt die konkreten Bedürfnisse des Kindes abzudecken hat. Indes besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Bedarf des Kindes und der Leistungskraft bzw. der Lebenshaltung der Eltern. Geschuldet ist der "gebührende" Unterhalt, d.h. derjenige, der angesichts der gelebten Verhältnisse als angemessen erscheint. Pflegen die Eltern, oder zumindest der Unterhaltspflichtige, einen hohen Lebensstil, hat das Kind Anspruch darauf, dass auch sein Unterhalt grosszügig bemessen wird (BSK ZGB I-Fountoulakis, Art. 285 N 2 m.H.). Methodisch lässt sich diese Partizipation an den finanziellen Verhältnissen umsetzen durch eine Berücksichtigung zusätzlicher bzw. höherer Bedarfspositionen im Barbedarf des Kindes, durch eine Beteiligung am Überschuss oder aus einer Kombination der beiden Methoden. Im letzteren Fall muss bei der Bemessung der Überschussbeteiligung allerdings dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Kind schon im Rahmen des erweiterten Barbedarfs am gehobenen Lebensstandard des unterhaltspflichtigen und nicht obhutsberechtigten Elternteils partizipiert (vgl. OGer ZH LC180006 vom 27.07.2018, E. 3.2.4c). Sofern nach Abgeltung der Barauslagen und des Betreuungsunterhalts ein Überschuss resultiert, muss das Kind zwingend auch an diesem beteiligt werden. Soweit der Überschuss lediglich auf die Eltern verteilt bzw. bei unverheirateten Eltern alleine beim Unterhaltsschuldner belassen wird, werden Art. 276 und Art. 285 ZGB verletzt (Schweighauser/Stoll, Neues Kindesunterhaltsrecht – Bilanz nach einem Jahr, in: FamPra.ch 2018 S. 613 ff., S. 638). Entsprechend ist auch dem Leitfaden des Zürcher Obergerichts zum neuen Unterhaltsrecht zu entnehmen, dass Kinder von unverheirateten

Eltern Anspruch auf einen Anteil am Überschuss des (nicht hauptbetreuenden) Elternteils haben (Leitfaden, S. 19; vgl. auch OGer ZH LZ180022 vom 29.03.2019, E. III.E.3.2). Die Regelung der Überschussverteilung muss schliesslich auch nicht mit derjenigen im ursprünglichen Unterhaltstitel, welchen es im Rahmen der Abänderungsklage anzupassen gilt, übereinstimmen (vgl. OGer ZH LZ180002 vom 04.05.2018, E. II.4.).

- 51 -

### **E. 6.5.2**

Konkrete Unterhaltsberechnung Da im vorliegenden Fall die Klägerin die alleinige Obhut innehat, ist der Barunterhalt durch den Beklagten zu leisten. Wie oben dargelegt, liegt der erweiterte Notbedarf von C. \_\_\_\_\_ bei Fr. 802.– (ab 1. April 2019 Fr. 1'072.–) und von D. \_\_\_\_\_ bei Fr. 756.– (ab 1. April 2019 Fr. 1'026.–) Hiervon sind die Familienzulagen in der Höhe von je Fr. 200.– abzuziehen. Somit belaufen sich die monatlichen Barunterhalte vor Überschussverteilung für die Kläger 1 und 2 auf Fr. 602.– (bzw. Fr. 872.–) respektive Fr. 556.– (bzw. Fr. 826.–). Die Klägerin vermag ihre Lebenshaltungskosten in der Höhe von Fr. 3'130.– (bzw. ab 1. April 2019 Fr. 3'305.–) nicht selbst decken. Der Beklagte hat diesen Betrag nach Abzug des eigenen Einkommens der Klägerin deshalb als Betreuungsunterhalt zu leisten. Mit fünf und sieben Jahren bedürfen beide Kinder noch in erheblichem Masse der persönlichen Betreuung, weshalb der Betreuungsunterhalt den Klägern 1 und 2 zur Hälfte im Umfang von je Fr. 1'565.– (bzw. ab 1. April 2019 Fr. je Fr. 482.50; Fr. 3'305.– ./ Fr. 2'340.– = Fr. 965.–) zuzusprechen ist. Gemäss nachstehender Tabelle resultiert nach Deckung des erweiterten Bedarfs der Familie ein Überschuss in der Höhe von Fr. 188.– bzw. ab 1. April 2019 von Fr. 2'393.–. Beklagter: Klägerin: C. \_\_\_\_\_: D. \_\_\_\_\_: Bedarf: Fr. 5'024.– Fr. 3'130.– Fr. 802.– Fr. 756.– ab 1.4.2019: Fr. 4'444.– Fr. 3'305.– Fr. 1'072.– Fr. 1'026.– Einkommen Fr. 9'500.– Fr. 0.– Fr. 200.– Fr. 200.– ab 1.4.2019: Fr. 2'340.– Überschuss/Manko: Fr. 4'476.– – Fr. 3'130.– – Fr. 602.– – Fr. 556.– ab 1.4.2019: Fr. 5'056.– – Fr. 965.– – Fr. 872.– – Fr. 826.– Überschuss nach Deckung Barbedarf/ Lebenshaltungskosten: ab 1.4.2019: Fr. 2'393.– In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist der Überschuss im vorliegenden Fall nur zwischen dem Beklagten und den Klägern 1 und 2 im Verhältnis 2/3 für den Beklagten und je 1/6 für die beiden Kinder aufzuteilen (Urk. 2 S. 56). Vom

- 52 - verbleibenden Überschuss in der Höhe von Fr. 188.– bzw. Fr. 2'393.– fallen somit Fr. 125.30 bzw. Fr. 1'595.30 an den Beklagten und je Fr. 31.35 bzw. Fr. 398.85 an die Kinder. Der Überschussanteil der Kinder ist Teil des Barunterhaltes. Der Beklagte ist in Abänderung der Unterhaltsverträge vom 27. Oktober 2014 für die Dauer des Verfahrens zu verpflichten, ab 1. Juli 2018 monatliche Unterhaltsbeiträge für C. \_\_\_\_\_ von Fr. 2'198.– bzw. ab 1. April 2019 Fr. 1'753.– (davon Fr. 1'565.– bzw. Fr. 482.50 als Betreuungsunterhalt) und für D. \_\_\_\_\_ von Fr. 2'152.– bzw. ab 1. April 2019 Fr. 1'707.– (davon Fr. 1'565.– bzw. Fr. 482.50 als Betreuungsunterhalt), jeweils zuzüglich allfällige von ihm bezogene gesetzliche und/oder vertragliche Familienzulagen, zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge und Familienzulagen sind jeweils auf den Ersten eines Monats an die Klägerin zu bezahlen.

### **E. 6.5.3**

Die Vorinstanz berechtigte den Beklagten, die ab Juli 2018 bis Ende Dezember 2018 für die Kläger 1 und 2 sowie für die Klägerin bereits bezahlten Krankenkassenprämien (KVG und VVG) von den monatlichen Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen (Urk. 7/34/57+58).

Über eine allfällige Anrechnung der durch den Beklagten bezahlten Krankenkassenprämien der Klägerin für Mai und Juni 2018 an die Unterhaltsbeiträge sei antragsgemäss im Endentscheid zu be- finden (Urk. 7/39 S. 3; Urk. 2 S. 57). Die Anrechnung bereits geleisteter Unterhaltsbeiträge ist in der Berufungs- schrift des Beklagten kein Thema (Urk. 1). Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind die tatsächlich bereits erbrachten Un- terhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (ZK-Bräm, Art. 163 ZGB N 150; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 173 ZGB N 23; ZR 107 Nr. 60). Das Gericht darf den Unterhaltsschuldner nicht zur Zahlung einer zur Zeit der Festset- zung der Unterhaltsbeiträge bereits erfüllten Schuld verpflichten, da ein allfälliger Anspruch des Unterhaltsgläubigers im Umfang der bereits erfolgten Leistung un- tergegangen ist. Wird der Unterhaltsschuldner unter Vorbehalt von bereits begli- chenen Unterhaltsleistungen zu rückwirkenden Unterhaltszahlungen verpflichtet, ohne dass aus dem Urteil hervorgeht, welche Unterhaltszahlungen bereits geleis- tet wurden, kann mangels einer klaren Zahlungsverpflichtung gestützt auf dieses

- 53 - Urteil in einem allfälligen Vollstreckungsverfahren keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden. So hat der Vollstreckungsrichter davon auszugehen, dass die ge- richtlich bezifferte Verpflichtung zur Zeit ihrer Festsetzung bestanden hat und dass dabei sämtliche Einwendungen gegen diese Verpflichtung berücksichtigt und bereinigt worden sind. Somit hat er Behauptungen betreffend die Tilgung ei- ner auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruhenden Forderung nur so- weit zu beachten, als die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt worden ist (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Sämtliche vor Erlass des Urteils behaupteten Tilgungen sind demgegenüber vom Gericht zu berücksichtigen. Wenn somit ein Unterhalts- schuldner behauptet, den Unterhaltsgläubigern seit der Trennung bereits Unter- haltsleistungen bezahlt zu haben, dann ist es notwendig, dass das Gericht über die Beträge entscheidet, die an die ausstehende Schuld angerechnet werden können, und zwar gestützt auf die Behauptungen und die im Verfahren offerierten Beweise (ZR 107 Nr. 60, E. II.2.4; BGE 135 III 315 E. 2.5; BGE 138 III 583 E. 6.1.1). Vor Vorinstanz blieb unbestritten, dass der Beklagte die Kosten der Zusatz- versicherung der Klägerin bei der Sanitas von monatlich Fr. 57.– sowie die Kran- kenkassenkosten der Kinder (KVG und VVG) für die Zeit vom 1. Juli 2018 bis 31. Dezember 2018 bereits bezahlt hatte (Urk. 7/39 S. 11, Urk. 34/58 und Prot. I S. 56 ff.). Der Beklagte ist demgemäss zu berechtigen, die ab Juli 2018 bis Ende Dezember 2018 für die Kläger 1 und 2 (KVG und VVG) sowie für die Klägerin be- reits bezahlten Krankenkassenprämien (VVG) von insgesamt Fr. 1'890.– ([6 x Fr. 88.–] + [6 x Fr. 69.–] + [6 x Fr. 64.–] + [6 x Fr. 37.–] + [6 x Fr. 57.–]) von den monatlichen Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen.

#### **E. 6.5.4**

Mit dem neuen Kindesunterhaltsrecht wurden auch neue Deklarati- onspflichten eingeführt. Werden im Unterhaltsvertrag oder im Entscheid Kinderun- terhaltsbeiträge festgelegt, so ist darin anzugeben, von welchem Einkommen und Vermögen jedes Elternteils und jedes Kindes ausgegangen wird; welcher Betrag für jedes Kind bestimmt ist; welcher Betrag zur Deckung des gebührenden Unter- halts jedes Kindes fehlt und ob und in welchem Ausmass die Unterhaltsbeiträge den Veränderungen der Lebenshaltungskosten angepasst werden (Art. 301a

- 54 - ZPO). Kinderunterhaltsbeiträge, (die in einem Massnahmeentscheid nicht vorzu- nehmende) Indexierung und ein allfälliges Manko müssen im Dispositiv festgehal- ten werden; die restlichen Punkte können sich auch aus den Urteilsabwägungen ergeben

(Botschaft vom 29. November 2013 zum neuen Kindesunterhaltsrecht, S. 581). Nach dem Gesagten erweist sich Dispositiv-Ziffer 9 der angefochtenen vorinstanzlichen Verfügung als unnötig. III. 1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 10). Diesbezüglich gilt es keine Anordnungen zu treffen.

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