

ZH_OBERGERICHT RZ210011 vom 18. Januar 2022

ZH Obergericht, 2022-01-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RZ210011

FR: ZH_OBERGERICHT RZ210011 du 18 janvier 2022

IT: ZH_OBERGERICHT RZ210011 del 18 gennaio 2022

Erwägungen

E. 1

Dispositiv-Ziff. 1 und 2 der Verfügung vom 17. September 2021 seien aufzuheben und es sei dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

E. 1.1

Mit Eingabe vom 16. April 2021 reichte der Kläger und Beschwerdeführer bei der Vorinstanz eine Klage betreffend Unterhalt (Abänderung der Unterhaltsverträge vom 27. November 2015) und Betreuungsregelung ein (Urk. 7/1; unter Beilage der Klagebewilligung vom 1. April 2021, Urk. 7/2). Im Rahmen der Klage ersuchte der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeiständin in der Person von Rechtsanwältin MLaw X2._____ für das erstinstanzliche Verfahren. Mit Verfügung vom 17. September 2021 wies die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab und setzte ihm eine Frist von 20 Tagen für die Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 5'000.– an (Urk. 7/25 = Urk. 2). Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 30. September 2021 fristgerecht Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

E. 1.2

Am 13. Oktober 2021 teilte Rechtsanwältin MLaw X2._____ mit, dass sie das Mandat nicht mehr weiterführen könne und beantragte die Einsetzung von Rechtsanwältin lic. iur. X1._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin (Urk. 8).

- 3 -

E. 1.3

Den Beklagten 1 - 3 als Gegenparteien im Hauptsachenprozess kommt im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege keine Parteistellung zu (BGE 139 III 334 E. 4.2; BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2.), weshalb von ihnen keine Beschwerdeantwort einzuholen ist. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 7/1-28). Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz wurde verzichtet (Art. 324 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. 2. Prozessuales

E. 2

Eventualiter sei die Frist für die Leistung eines Kostenvorschusses durch den Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren gemäss Ziff. 2 litera a) der Verfügung vom 17. September 2021 nach Erledigung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens neu anzusetzen.

E. 2.1

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3, mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Rechtsanwendung von Amtes wegen, Art. 57 ZPO) im Beschwerdeverfahren eine Relativierung (BK ZPO-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Vorbringen des Beschwerdeführers einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen).

E. 2.2

Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht – auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen – ein grundsätzlich umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4; siehe BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 mit weiteren Hinweisen).

- 4 - 3. Sachverhalt

E. 3

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beschwerdegegnerin, eventualiter der Staatskasse. Zudem stellte er den folgenden prozessualen Antrag (Urk. 1 S. 3):

E. 3.1

Der Beschwerdeführer und die Beklagte 3 (B._____) sind die unverheirateten Eltern von C._____ (Beklagte 1), geboren am tt.mm.2013, und D._____ (Beklagter 2), geboren am tt.mm.2015. Der Einfachheit halber werden der Beschwerdeführer und die Beklagte 3 nachfolgend als Parteien und die Beklagten 1 und 2 als Kinder bezeichnet. In den von der KESB Bezirk Horgen genehmigten Unterhaltsverträgen vom 27. November 2015 vereinbarten die Parteien Unterhaltsbeiträge für die Kinder in drei Phasen. Der Beschwerdeführer verpflichtete sich in der ersten Phase ab tt.mm.2015 bis zum Abschluss seiner Ausbildung am 30. April 2019 Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 580.– je Kind, entsprechend Fr. 1'160.– zu bezahlen. In der zweiten Phase, ab 1. Mai 2019 oder ab dem Folgemonat bei frühzeitigem Abbruch seiner Ausbildung bis zum 30. April 2027, erhöhten sich die Unterhaltsbeiträge auf monatlich Fr. 1'310.– je Kind, entsprechend Fr. 2'620.–. Schliesslich reduzierten sich die Unterhaltsbeiträge in der dritten Phase, ab 1. Mai 2027 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung, mindestens aber bis zur Volljährigkeit der Kinder auf Fr. 1'190.– je Kind, entsprechend Fr. 2'380.– (Urk. 7/4/1 und 7/4/2).

E. 3.2

Mit wiederum von der KESB Bezirk Horgen genehmigten Vereinbarung vom

E. 3.3

Mit der Abänderungsklage verlangt der Beschwerdeführer die Zuteilung der alternierenden Obhut an die Parteien, die gerichtliche Festlegung der Betreuungsregelung sowie die Reduktion der mit den Unterhaltsverträgen vom 27. November 2015 vereinbarten Kinderunterhaltsbeiträge (Urk. 7/1 S. 3 f.; Urk. 7/17 S. 1 f.). Anlässlich der Verhandlung vom 13. Juli 2021 stellte er folgende Anträge (Urk. 7/17 S. 1 f.): "1. [...] 2. Es seien die Kinder - C._____, geb. tt.mm.2013, und - D._____, geb. tt.mm.2015 unter die alternierende Obhut der Parteien zu stellen. Es sei festzustellen, dass sich der Hauptwohnsitz bei der Mutter befindet. 3. Der Vater sei für berechtigt zu erklären, die Kinder C._____ und D._____ wie folgt zu betreuen: - in den geraden Wochen jeweils von Donnerstagabend, 17.00 Uhr, bis Samstagmorgen, 10.00 Uhr; - in den ungeraden Wochen jeweils von Donnerstagabend, 17.00 Uhr, bis Montagmorgen Schulbeginn; - während 5 Wochen Ferien pro Jahr; es sei eine gerichtliche Konfliktregelung vorzusehen; - für das Jahr 2021 sei der Vater zu berechtigen, wie folgt mit den Kindern Ferien zu verbringen: in der 1. und 2. Schulsommerferienwoche; sowie je 1 Woche in den Herbst- und Weihnachtsferien.

E. 3.4

Als Abänderungsgrund machte der Beschwerdeführer vor Vorinstanz zunächst geltend, dass sich die Parteien im Juli 2016 getrennt hätten, was eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse sei (Urk. 7/1 Rz. 8). Weiter sei das seit der Trennung bestehende Betreuungsmodell und sein damit einhergehendes Arbeitspensum ein Abänderungsgrund (Urk. 7/1 Rz. 12). Der Beschwerdeführer begründete sein Abänderungsbegehren vor Vorinstanz ferner mit einer wesentlichen Verbesserung der finanziellen Verhältnisse der Beklagten 3 und seinen Anträgen betreffend Obhut und Betreuung (act. 7/1 Rz. 12 f.; act. 7/17 Rz. 8 ff.). 4. Erwägungen der Vorinstanz

E. 4

Es seien die in den Unterhaltsverträgen vom 27. November 2015 betreffend die Kinder C._____, geb. tt.mm.2013, und D._____, geb. tt.mm.2015, festgelegten Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 1 des Unterhaltsverträge wie folgt abzuändern: a) Es sei die Kindsmutter zu verpflichten, dem Kläger für die Kinder C._____ und D._____ vom 1. April 2021 bis und mit Juni 2021 je einen Barunterhalt von CHF 680.- pro Kind zu bezahlen. b) Es sei festzustellen, dass sich der Kläger und die Kindsmutter ab 1. Juli 2021 gegenseitig keinen Barunterhalt für C._____ und D._____ schulden und jeder Elternteil die bei ihm anfallenden Kosten für die Verpflegung, Alltagsbekleidung und Unterkunft der Kinder selbst übernimmt. Die Kindsmutter sei zu verpflichten, die Krankenkassenprämien, Gesundheitskosten, Hartkosten, Schulkosten, Handykosten

- 6 - und Hobbykosten der Kinder zu übernehmen. Es seien die Kinderzulagen durch die Kindsmutter zu beziehen.

E. 4.1

Die Vorinstanz prüfte im angefochtenen Entscheid die Erfolgsaussichten der verschiedenen Abänderungsgründe gesondert und kam zum Schluss, dass sich die Klage insgesamt als aussichtslos erweise (Urk. 2 E. II. 6.). Hinsichtlich der Trennung der Parteien erwog die Vorinstanz, dass der Unterhalt erst geschuldet sei, wenn der Beschwerdeführer nicht mehr mit der Beklagten 3 zusammenlebe. Dies gehe aus den Unterhaltsverträgen hervor. Entsprechend seien die Unterhaltsverträge gerade für den Fall einer Trennung abgeschlossen worden, weshalb die Trennung der Parteien wohl kaum einen

Abänderungsgrund darstelle (Urk. 2 E. II. 3.2).

E. 4.2

Bezüglich der veränderten Betreuungssituation erwog die Vorinstanz zusammengefasst, dass der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben die Kinder schon seit der Trennung der Parteien mindestens einen Tag unter der Woche sowie jedes zweite Wochenende persönlich betreue. Eine solche Betreuungsregelung stelle nicht per se eine alternierende Obhut dar, viel eher handle es sich dabei bloss um ein leicht erweitertes gerichtsbliches Besuchsrecht. Aus der im April 2018 abgeschlossenen Elternvereinbarung lasse sich ableiten, dass auch der Beschwerdeführer nach der Trennung und für die Zeit seiner Ausbildung nicht von

- 7 - einem alternierenden Obhuts- bzw. Betreuungsmodell ausgegangen sei. Darin sei explizit festgehalten worden, dass die Kinder mehrheitlich durch die Beklagte 3 betreut und unter ihrer alleinigen Obhut leben würden. Inwiefern sich daran mit der bisher gelebten Betreuungsregelung etwas geändert haben sollte, sei nicht ersichtlich (Urk. 2 E. II. 3.3).

E. 4.3

Auch wenn die Betreuung der Kinder in den Unterhaltsverträgen nicht explizit geregelt worden sei, sei aus dem Genehmigungsantrag des Amtes für Jugend und Berufsberatung erkennbar, dass die Parteien damals davon ausgegangen seien, dass der Beschwerdeführer die Kinder in allen Phasen lediglich an jedem zweiten Wochenende betreue (Urk. 2 E. II 4.3 S. 11 in fine). Der Umstand, dass die Parteien die vereinbarten Unterhaltsbeiträge lediglich für die weitere Dauer der Ausbildung des Beschwerdeführers sistiert und nicht gänzlich neue Vereinbarungen getroffen hätten, sei ein gewichtiges Indiz dafür, dass sie an der ursprünglichen Unterhaltsregelung weiterhin hätten festhalten wollen und dass sich somit auch hinsichtlich der Grundlagen der Unterhaltsberechnung keine Änderungen aufgedrängt hätten. Mithin sei wohl weiterhin vereinbart gewesen, dass der Beschwerdeführer nach Abschluss seiner Ausbildung ein Arbeitspensum von 100% aufzunehmen habe. In Bezug auf die Betreuung der Kinder hätten die Parteien im Sistierungsvertrag festgehalten, dass der Beschwerdeführer die Kinder in der Zeit seiner Ausbildung nebst seinen Betreuungswochenenden zusätzlich jede Woche an einem Wochentag betreue (Urk. 2 E. II 4.3 S. 12).

E. 4.4

Die Parteien hätten in der Elternvereinbarung festgehalten, dass die Kinder unter der Obhut der Beklagten 3 stehen und mehrheitlich bei ihr leben würden. Weiter lasse sich der Elternvereinbarung entnehmen, dass die Betreuung der Kinder an die aktuelle Arbeits- bzw. Ausbildungssituation des Beschwerdeführers angepasst worden sei. Der Umstand, dass die Parteien nur für die Zeit der Ausbildung des Beschwerdeführers eine gesonderte, der vorübergehenden Situation angepasste Betreuungsvereinbarungen getroffen hätten, deute wiederum darauf hin, dass die Parteien für die Zeit nach Abschluss der Ausbildung des Beschwerdeführers an der ursprünglichen Unterhalts- und der damit einhergehenden Betreuungsregelung gemäss Unterhaltsverträgen hätten festhalten wollen (Urk. 2

- 8 - E. II 4.3 S. 12 in fine). Es sei davon auszugehen, dass sich die Parteien vergleichsweise darauf geeinigt hätten, dass der Beschwerdeführer nach Abschluss seiner Ausbildung ein 100%-Pensum aufzunehmen habe, womit wohl auch einhergegangen sei, dass sich seine Betreuungszeit wieder hauptsächlich auf die Wochenenden verlagern sollte

(Urk. 2 E. II 4.4 S. 13).

E. 4.5

Vor dem Hintergrund, dass die Kinder nunmehr in E._____ eingeschult seien und der Beschwerdeführer mit seinem Umzug nach F._____ selbst Umstände geschaffen habe, welche die Umsetzung eines wechselnden Betreuungsmodells erschweren würden, sei dem Antrag des Beschwerdeführers auf Anordnung einer alternierenden Obhut wenig Erfolg beschieden. Es sei unbestritten, dass die vom Beschwerdeführer beantragte Betreuungsregelung zumindest vorübergehend so gelebt worden sei. Die Kinder würden nunmehr jedoch am Freitag die Schule bzw. den Hort besuchen, womit jeweils donnerstags wie auch freitags ein unnötiges Hin- und Herwechseln der Kinder zwischen E._____ und F._____ einherginge, welches die Kinder gemäss glaubhafter Schilderung der Beklagten 3 bereits heute als stressig empfinden würden. Deshalb erscheine fraglich, ob mit der Weiterführung dieser Betreuungsregelung bzw. der Anordnung der beantragten Besuchsrechtsregelung das Kindeswohl gewahrt werden würde. Nicht zuletzt sei auch fraglich, ob der Beschwerdeführer bei Aufnahme einer Vollzeitstelle – zu welcher er verpflichtet sei – die Betreuungsverantwortung für die Kinder im Sinne seiner Anträge überhaupt noch wahrnehmen könne, zumal seine zeitliche Verfügbarkeit und Flexibilität diesfalls eingeschränkter sein werde und er dann wohl insbesondere nicht mehr in der Lage wäre, die vielen, mit dem Hin und Herwechseln der Kinder einhergehenden Autofahrten zu übernehmen. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände würden demnach auch die Erfolgchancen hinsichtlich der Anträge betreffend Obhut und Betreuung als geringer als das diesbezügliche Verlustrisiko erscheinen (Urk. 2 E. II 5.).

E. 5

Vorbringen des Beschwerdeführers

E. 5.1

Der Beschwerdeführer beanstandet diese Erwägungen in verschiedenster Hinsicht. So schliesse die Vorinstanz nicht aus, dass ein Abänderungsgrund gegeben sein könne, sofern vorliegend eine alternierende Obhut gelebt werden

- 9 - würde. Ab welchem Betreuungsanteil des nicht hauptbetreuenden Elternteils von einer alternierenden Obhut auszugehen sei, sei in der Praxis umstritten. Ebenfalls sei höchststrichterlich nicht eindeutig geklärt, ab welchem prozentualen Betreuungsanteil des nicht hauptbetreuenden Elternteils diesem in seinem Bedarf Kinderkosten eingerechnet würden (z.B. für Grundbetrag, Wohnkosten). Die Gerichte hätten einen grossen Ermessensspielraum (Urk. 1 Rz. 7). Entgegen der Vorinstanz sei alles andere als klar, dass die vorliegend gelebte Betreuung der Kinder, welche im Übrigen von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten werde, mit Sicherheit keine Auswirkungen auf die Unterhaltsberechnung habe (Urk. 1 Rz. 8).

E. 5.2

Wie die Vorinstanz zudem selber festgestellt habe, würden die Unterhaltsverträge vom 27. November 2015 auf der Annahme basieren, dass der Beschwerdeführer die Kinder im Falle der Trennung nur jedes zweite Wochenende betreue. Der Beschwerdeführer habe die Kinder schon nach der Trennung der Parteien im Jahr 2016 nicht nur jedes zweite Wochenende, sondern mindestens einen zusätzlichen Tag unter der Woche und seit Oktober 2020 noch mehr, nämlich nebst jedem Freitag auch jeweils am Donnerstagnachmittag

betreut. Nicht nachvollziehbar sei, dass diese offensichtliche Veränderung der Betreuungsverhältnisse im Vergleich zur (nicht explizit festgehaltenen) Betreuungsregelung gemäss den Unterhaltsverträgen vom 27. November 2015 relevante Auswirkungen auf die Unterhaltsberechnung geradezu ausschliessen solle (Urk. 1 Rz. 9).

E. 5.3

Der Hinweis, dass der Beschwerdeführer bei Abschluss der Elternvereinbarung nicht von einer alternierenden Betreuung ausgegangen sein soll, tue nichts zur Sache. In der Elternvereinbarung sei nicht genau geregelt, wie oft der Beschwerdeführer die Kinder betreue, noch gehe daraus hervor, wie oft er die Kinder in dieser Zeit tatsächlich betreut habe. Nichtssagend sei vor diesem Hintergrund, ob die Betreuung als „alternierend“ betitelt oder ob die „alleinige Obhut“ vereinbart worden sei. Es könne ferner davon ausgegangen werden, dass der damals nicht anwaltlich vertretene und rechtsunkundige Beschwerdeführer den Begriff der „alternierenden Obhut“ nicht gekannt habe. Relevant sei aber vor allem, dass der Beschwerdeführer damals wohl nicht gewusst habe, inwiefern sich eine ausgedehnte Betreuung allenfalls auch auf den Unterhalt auswirken könne.

- 10 - Die sinngemässe Schlussfolgerung der Vorinstanz, aus dem Wortlaut der Elternvereinbarung ergebe sich, dass der Beschwerdeführer die den Unterhaltsverträgen vom 27. November 2015 zugrunde gelegene Betreuungsregelung (minimales Besuchsrecht jedes zweite Wochenende) resp. den darauf basierenden Unterhaltsbeitrag für die Zeit nach seiner Ausbildung akzeptiert habe, sei nach dem Gesagten nicht haltbar. Die Vorinstanz habe nicht in Betracht gezogen, dass gleichzeitig mit der Elternvereinbarung vom 4. April / 9. April 2018 ein Vertrag zur Sistierung der Kinderunterhaltsbeiträge abgeschlossen worden sei. Dass die Sistierung auch aus der Überlegung erfolgt sei, dass der Beschwerdeführer die Kinder mehr als gerichtsüblich bzw. alternierend betreue, sei naheliegend und ziehe die Argumentation der Vorinstanz in Zweifel (Urk. 1 Rz. 10).

E. 5.4

Der vorinstanzlichen Erwägung, wonach die Parteien für die Zeit nach Abschluss der Ausbildung an der ursprünglichen Unterhalts- und der damit einhergehenden Betreuungsregelung gemäss Unterhaltsverträgen hätten festhalten wollen, widerspreche die gelebte Realität. Der Beschwerdeführer betreue die Kinder seit dem Ende seiner Ausbildung (nach wie vor) nicht nur jedes zweite Wochenende, was unbestritten sei. Ausserdem habe der Beschwerdeführer gleich nach dem Ende seiner Ausbildung noch im September 2020 beim Amt für Jugend und Berufsberatung um Vermittlung zur Neufestsetzung des Unterhalts ersucht. Auch die Beschwerdegegnerin habe den Unterhalt neu festsetzen und das Vermittlungsverfahren einleiten wollen. Mit diesen Fakten habe sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt. Weiter widerspreche die Erwägung, wonach sich die Parteien mit den Unterhaltsverträgen vergleichsweise darauf geeinigt hätten, dass der Beschwerdeführer nach Ausbildungsende ein minimales Besuchsrecht ausüben dürfe, dem Umstand, dass der Beschwerdeführer seit Oktober 2020 die Kinder im gegenseitigen Einverständnis mit der Beklagten 3 mehr als gerichtsüblich betreue (Urk. 1 Rz. 12).

E. 5.5

Der Beschwerdeführer habe dargelegt, dass das bestehende Betreuungsmodell sehr gut funktioniere, und die neue Umgebung in F._____ den Kindern gefalle. Hierzu sei die persönliche Befragung des Beschwerdeführers beantragt worden. Die Vorinstanz stütze sich einseitig auf die Behauptungen der Beklag-

- 11 - ten 3, wie es den Kindern bei der Ausübung des Besuchsrechts des Beschwerdeführers ergehen würde. Der Beschwerdeführer sei zu dieser Frage nicht einmal befragt worden. Allein gestützt auf die Aussagen der Beschwerdegegnerin auf deren Glaubhaftigkeit zu schliessen resp. sogar das Kindeswohl in Zweifel zu ziehen und die Anträge des Beschwerdeführers infolgedessen als aussichtslos zu befinden, sei nicht haltbar. Eine antizipierte Beweiswürdigung sei unter diesen Umständen sehr fragwürdig, zumal noch ein zweiter Schriftenwechsel sowie das Beweisverfahren anstehen würden. Ferner sei darauf hinzuweisen, dass eine fünf-zehnminütige Autofahrt von E._____ nach F._____ nicht per se eine alternierende Betreuung ausschliesse, wie dies die Vorinstanz suggeriere. Die Gewinnaussichten des Beschwerdeführers würden so nicht als wesentlich geringer als die Ver-lustrisiken eingeschätzt werden können (Urk. 1 Rz. 14).

E. 5.6

Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz nicht schlüssig begründet habe, wieso die geltend gemachten Abänderungsgründe der veränderten finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers sowie der wesentlichen Verbesserung der finanziellen Situation der Beklagten 3 nicht relevant sein sollen (Urk. 1 Rz. 16 ff., 23 und 25).

E. 6

Materielle Beurteilung

E. 6.1

Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, die Vorinstanz habe die Abänderungsklage betreffend Unterhalt und Betreuung zu Unrecht als aussichtslos qualifiziert (vgl. Urk. 1 S. 3 ff.). Entsprechend rügt er eine Verletzung von Art. 117 lit. b ZPO und mithin eine unrichtige Rechtsanwendung. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren sind daher die Erfolgsaussichten der Abänderungsklage zu beurteilen.

E. 6.2

Wie die Vorinstanz zutreffend erwog (vgl. Urk. 2 E. II 1.2), sind Begehren dann als aussichtslos anzusehen, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschlies-

- 12 - sen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGE 138 III 217 E. 2.2.4.).

E. 6.3

Die Voraussetzungen für die Abänderung von Kinderunterhaltsbeiträgen wurden von der Vorinstanz korrekt dargelegt (Urk. 2 E. II 2.3). Darauf kann vorweg verwiesen werden. Die vorinstanzliche Erwägung, wonach die Trennung der Eltern kein Abänderungsgrund darstelle, wurde in der Beschwerde (zu Recht) nicht beanstandet, weshalb es dabei sein

Bewenden hat. Im Nachfolgenden ist deshalb auf die übrigen geltend gemachten Abänderungsgründe einzugehen.

E. 6.4

Zutreffend ist, dass ein Abänderungsgrund gegeben sein könnte, wenn eine alternierende Obhut angezeigt wäre. Je nachdem, ob Alleinobhut oder alternierende Obhut vorliegt, ist der Kinderunterhalt nach anderen Grundsätzen zu berechnen. So hat das Bundesgericht konstant und auch in seiner neueren Rechtsprechung stets betont, dass bei Kindern, die unter der alleinigen Obhut des einen Elternteils stehen, der andere Teil, der nicht die Obhut innehat und folglich keine Naturalleistungen erbringt, grundsätzlich für den gesamten Geldunterhalt aufzukommen hat (BGE 147 III 265 E. 5.5 und 8.1, BGer 5A_549/2019 vom 18. März 2021, E. 3.4). Anders hingegen bei Vorliegen einer geteilten Obhut: Hier ist bei ähnlicher Leistungsfähigkeit der Eltern der Geldunterhalt umgekehrt proportional zu den Betreuungsanteilen zu erbringen und bei praktisch gleichen Betreuungsanteilen beider Eltern proportional zur Leistungsfähigkeit (BGE 147 III 265 E. 5.5; zum Ganzen: Maier/Waldner-Vontobel, Gedanken zur neuen Praxis des Bundesgerichtes zum Unterhaltsrecht aus der Perspektive des erstinstanzlichen Gerichts, in: FamPra.ch 2021, S. 886). Damit stellt sich die Frage, ab welchen Betreuungsverhältnissen von einer alternierenden Obhut auszugehen ist. Das Gesetz äussert sich hierzu nicht. Das Bundesgericht hielt fest, dass sich die Bedeutung der "Obhut" im revidierten Sorgerechts auf die "faktische Obhut" reduziert habe, das heisst auf die Befugnis zur

- 13 - täglichen Betreuung des Kindes und auf die Ausübung der Rechte und Pflichten in Zusammenhang mit seiner Pflege und laufenden Erziehung (BGE 142 III 612 E. 4.1). In diesem Sinne wurde festgehalten, dass eine alternierende Obhut nicht zwingend eine hälftige Betreuung durch beide Elternteile voraussetze, sondern auch dann zum Tragen komme, wenn ein Elternteil sein Kind auch unter der Woche betreuen wolle, anstatt es nur über das Wochenende zu sich auf Besuch zu nehmen (BGer 5A_373/2018 vom 8. April 2019, E. 3.1; BGer 5A_722/2020 vom 13. Juli 2021, E. 3.1.2; BGer 5A_67/2021 vom 31. August 2021, E. 3.1.2). In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass bei einer alternierenden Obhut der Betreuungsanteil beider Eltern mehr als ein Viertel betragen soll, wobei Ferien zu berücksichtigen seien (Maier/Waldner-Vontobel, a.a.O., S. 886), oder aber es wird bei einem Anteil von rund 30 % von einer alternierenden Obhut ausgegangen (Aeschlimann/Bähler/Schweighauser/Stoll, Berechnung des Kinderunterhaltes – Einige Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichtes vom 11. November 2020 i.S. A. gegen B. 5A_311/2019; FamPra.ch 2021, S. 277 mit weiteren Hinweisen).

E. 6.5

Gemäss unbestrittenen Angaben betreut der Beschwerdeführer die Kinder zurzeit jeweils von Donnerstag, ab 17.00 Uhr, bis Samstagmorgen sowie an jedem zweiten Wochenende von Donnerstag, ab 17.00 Uhr, bis Montagmorgen (vgl. Prot. I S. 7 und 8; Urk. 7/1 Rz. 9). Hinzu kommt die Betreuung der Kinder während den Ferien. Diesbezüglich hält sowohl die Elternvereinbarung vom 4. bzw. 9. April 2018 als auch die Beklagte 3 fest, dass die Ferien zwischen den Parteien aufgeteilt werden (Urk. 15/2; Prot. I S. 9). Der Beschwerdeführer führte anlässlich der Verhandlung vom 13. Juli 2021 vor der Vorinstanz aus, dass er 7 Wochen Ferien habe, und beantragte eine Ferienbetreuung der Kinder während 5 Wochen pro Jahr (Prot. I S. 8; Urk. 7/17 Rz. 21). Ausgehend von der Annahme, dass beide Eltern je fünf Wochen Ferien mit den Kindern verbringen, verbleiben 42 Wochenenden an denen das

gerichtsübliche Wochenendbesuchsrecht ausgeübt werden kann. Dies bedeutet, dass der Beschwerdeführer von 42 Wochenenden 21 mit den Kindern verbringt, was 42 Tagen entspricht. Hinzu kommen 42 Einzeltage (jeweils am Freitag) unter der Woche. Weiter sind 35 Tage für die Betreuung der Kinder während fünf Ferien-

- 14 - wochen hinzuzuzählen. Die restlichen fünf Wochen sind nicht zu berücksichtigen, weil die Kinder die Ferien mit der Beklagten 3 verbringen. Somit betreut der Beschwerdeführer die Kinder rund 119 Tage pro Jahr (365 Tage) bzw. rund 10 Tage pro Monat, was in etwa einem Betreuungsanteil von 32.6 % entspricht. Die Übernachtungen von Donnerstag auf Freitag und Sonntag auf Montag sind dabei noch nicht berücksichtigt.

E. 6.6

Vor dem Hintergrund der derzeit gelebten Betreuungsverhältnissen erscheint – unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung – die Anordnung der alternierenden Obhut jedenfalls nicht ausgeschlossen. Dies bedeutet jedoch nicht ohne weiteres, dass vorliegend tatsächlich die alternierende Obhut anzuordnen wäre, denn bei der Beurteilung der für die Obhutzuteilung massgebenden Kriterien verfügt das Sachgericht über grosses Ermessen (vgl. statt vieler BGer 5A_312/2019 vom 17.10.2019, E. 2.1.3). Dabei sind neben der Erziehungsfähigkeit beider Eltern auch weiteren Beurteilungskriterien zu beachten, welche voneinander abhängen und deren jeweilige Bedeutsamkeit sich nach den konkreten Umständen richtet. So kommt es unter anderem auch auf die geographische Situation, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern an (BGE 142 III 612 E. 4.3). Schliesslich spielen auch die Wünsche der Kinder eine wichtige Rolle. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz spricht die geographische Distanz zwischen den Eltern – E. _____ und F. _____ sind ungefähr 11 Kilometer voneinander entfernt – nicht zwangsläufig gegen die Anordnung der alternierenden Obhut. Entscheidend dürften daher die Bedürfnisse und Wünsche der Kinder hinsichtlich der Betreuungsregelung sein. Diese sind noch gänzlich unbekannt. Da beide Kinder bereits über 6 Jahre alt sind, werden sie zu den entscheidungsrelevanten Punkten anzuhören sein, wenn nicht wichtige Gründe dagegen sprechen (vgl. Art. 298 ZPO; BGE 131 III 553). Entsprechend kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie in antizipierter Beweiswürdigung die Erfolgchancen der Anträge des Beschwerdeführers betreffend Obhut und Betreuung (beträchtlich) geringer als das Verlustrisiko einschätzte. Vielmehr halten sich die Gewinn- und Verlustchancen ungefähr die Waage.

- 15 - Unabhängig davon ist zu beachten, dass die Unterhaltsverträge vom 27. November 2015, welche Gegenstand des Abänderungsverfahrens bilden, keine Betreuungsregelung enthalten. Über die Betreuung der Kinder haben sich der Beschwerdeführer und die Beklagte 3 in der Elternvereinbarung vom 4. bzw.

E. 6.7

Nach dem Gesagten können – im Rahmen einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten – die Anträge des Beschwerdeführers betreffend Obhut und Betreuung nicht von vornherein als aussichtslos bezeichnet werden. Mit anderen Worten erscheint es möglich, dass sich eine Partei mit genügend finanziellen Mittel zu einem Prozess entschliessen würde. Die Beschwerde erweist sich damit als begründet, womit sich zusätzliche Ausführungen zu den weiteren Rügen erübrigen. 7. Neuer Sachentscheid 7.1. Die Beschwerdeinstanz kann bei Gutheissung der Beschwerde den Entscheid aufheben und die Sache an die Vorinstanz zurückweisen (sog. kassatorischer Entscheid)

oder neu entscheiden, wenn die Sache spruchreif ist (sog. re-formatorischer Entscheid; Art. 327 Abs. 3 ZPO). Vorliegend erweist sich die Sache als spruchreif, weshalb neu zu entscheiden ist.

- 16 - 7.2. Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 f. ZPO hat eine Partei Anspruch auf Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin oder eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint und dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist. 7.3. Prozessuale Bedürftigkeit im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 lit. a ZPO liegt vor, wenn der Gesuchsteller finanziell nicht in der Lage ist, zusätzlich zu seinem Lebensunterhalt Prozesskosten aus seinem Vermögen oder seinem Einkommen zu bestreiten. Der Beschwerdeführer belegt sein geltend gemachtes Einkommen von Fr. 5'095.– pro Monat (Urk. 7/17 Rz. 24) mit den eingereichten Lohnausweisen (vgl. Urk. 5/2 und 3). Weiter erscheint sein geltend gemachter Bedarf von monatlich Fr. 3'532.– aufgrund der vor Vorinstanz eingereichten Urkunden als glaubhaft (vgl. Urk. 7/17 Rz. 28 f.; Urk. 17/14 - 17). Ausgewiesen ist zudem, dass der Beschwerdeführer seit 1. Oktober 2020 Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 2'620.– pro Monat bezahlen muss (Urk. 7/1 Rz. 10; Urk. 7/4/1 und 2; Urk. 7/13 Rz. 10). Ebenfalls glaubhaft ist, dass der Beschwerdeführer über kein Vermögen verfügt, welches er zur Bestreitung von Prozesskosten einsetzen könnte (vgl. Urk. 1 Rz. 29; Urk. 7/17 Rz. 78; Urk. 7/12/18). Der Beschwerdeführer ist somit als mittellos im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV bzw. Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten. 7.4. Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ZPO erfüllt sind. Dem Beschwerdeführer ist per Einreichung des Gesuchs, mithin ab 16. April 2021 (Urk. 7/1), die unentgeltliche Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren zu gewähren. Eine Rechtsvertretung ist zur Wahrung der Rechte des Beschwerdeführers erforderlich, weil auch die Beklagten 1-3 anwaltlich vertreten sind (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Zugleich ist der Beschwerdeführer auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen. 7.5. Die Bestellung einer Rechtsanwältin als unentgeltliche Rechtsvertreterin erfolgt ad personam. Nachdem Rechtsanwältin MLaw X2._____ das Mandat seit dem 13. Oktober 2021 nicht mehr weiterführen kann (Urk. 8), ist mit Wirkung ab

- 17 - dem nächsten Tag Rechtsanwältin lic. iur. X1._____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen. 8. Unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren Der Beschwerdeführer ersucht auch für das Beschwerdeverfahren um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsbeiständin (Urk. 1 S. 3). Nachdem ihm keine Gerichtskosten auferlegt werden (vgl. nachstehend, E. 9.1), ist sein Gesuch gegenstandslos und abzuschreiben, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. Soweit er die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin beantragt (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), ist das Gesuch gutzuheissen. Der von ihm gestellte Rechtsmittelantrag war keineswegs aussichtslos, und der mittellose und rechtsunkundige Beschwerdeführer (vgl. vorstehend, E. 7.3) war für die sachgerechte Wahrung seiner Rechte (auch) im vorliegenden Beschwerdeverfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Damit sind die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Rechtsbeiständin erfüllt, und dem Beschwerdeführer ist für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwältin MLaw X2._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Eine Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X1._____ fällt ausser Betracht, da sämtliche

notwendigen und entschädigungspflichtigen Vertretungs- handlungen im Beschwerdeverfahren bereits durch die vorhergehende Rechtsver- tretung vorgenommen wurden.

E. 9

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 9.1

Die Kostenfreiheit gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO gilt nur für das erstinstanzli- che (Gesuchs-)Verfahren. Demgegenüber dürfen im Rechtsmittelverfahren gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich Gerichtskosten erhoben werden (BGE 137 III 470 E. 6; BGE 140 III 501 E. 4.3.2). Gegenpartei in diesem Verfahren sind allerdings nicht die Gegenparteien des Hauptsacheverfah- rens (Beklagte 1- 3), denen keine formelle Parteistellung zukommt und die des- halb auch nicht zur Übernahme von Verfahrenskosten verpflichtet werden dürfen, sondern der Staat, d.h. der Kanton Zürich (BGE 139 III 334 E. 4.2; BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2). Folglich hätte, nachdem der Be-

- 18 - schwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren obsiegt, der Beschwerde- gegner die Gerichtskosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss § 200 lit. a GOG (i.V.m. Art. 116 Abs. 1 ZPO) werden dem Kanton in Zivilverfahren jedoch keine Gerichtskosten auferlegt. Für das Beschwerdeverfahren sind deshalb keine Kosten zu erheben.

E. 9.2

Die Kostenfreiheit gemäss § 200 lit. a GOG gilt nach dem Wortlaut der Vor- schrift nur für die Gerichtskosten, nicht auch für die Parteientschädigung (Hau- ser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, § 200 N 4). Eine solche ist beantragt (Urk. 1 S. 2; vgl. BGE 139 III 334 E. 4.3; BGE 140 III 444 E. 3.2.2) und der unent- geltlichen Rechtsbeiständin des obsiegenden Beschwerdeführers aus der Ge- richtskasse zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; vgl. auch BGer 5A_754/2013 vom 4. Februar 2014, E. 5 m. Hinw. auf BK ZPO I-Bühler, Art. 122 N 59). Sie ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 10 Abs. 1 lit. b sowie § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV auf Fr. 1'400.- (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) festzusetzen. Es wird beschlossen:

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