

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY220038-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würigler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Wolf-Gerber

Beschluss und Urteil vom 21. Juni 2023

in Sachen

A. _____,

Kläger, Massnahmegesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte, Massnahmegesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Abänderung vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 11. Juli 2022 (FE160099-A)**

Rechtsbegehren:

der Beklagten (sinngemäss, Urk. 7/306 S. 2):

1. Ziff. 2 lit. d und Ziff. 3a des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. November 2021 (LY210009) sei aufzuheben.
2. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten rückwirkend ab 1. September 2021 für die weitere Dauer des Verfahrens folgende Unterhaltsbeiträge (zuz. allfällige gesetzliche oder vertragliche Familienzulagen), zahlbar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, zu bezahlen:
 - C._____: CHF 1'580.– (davon CHF 670.– Betreuungsunterhalt)
 - D._____: CHF 1'580.– (davon CHF 670.– Betreuungsunterhalt)unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.
3. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten einen angemessenen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen.

des Klägers (Urk. 7/319 S. 2):

- "1. Auf das Massnahmebegehren vom 1. Februar 2022 sei nicht einzutreten;
2. Eventualiter sei das Begehren vollumfänglich abzuweisen;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 11. Juli 2022:

(Urk. 7/338 S. 11 ff. = Urk. 2 S. 11 ff.)

1. Dispositiv-Ziff. 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. November 2021 (Geschäfts-Nr. LY210009-O) wird wie folgt abgeändert resp. ergänzt:

Der Kläger wird zur Bezahlung von folgenden monatlichen Unterhaltsbeiträgen (zzgl. allfällige gesetzliche oder vertragliche Familienzulagen), zahlbar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, verpflichtet:

e) Ab 1. September 2021

- C._____: Fr. 1'104.– (hiervon Fr. 721.– Barunterhalt + Fr. 383.– Überschussanteil)

- D._____: Fr. 2'055.– (hiervon Fr. 721.– Barunterhalt + Fr. 951.– Betreuungsunterhalt + Fr. 383.– Überschussanteil).

2. Diesem Entscheid liegen folgende finanziellen Verhältnisse der Parteien zugrunde.

a) Einkommen:

- Kläger: Fr. 8'522.75 (ab 1. September 2021).
- Beklagte: Fr. 2'300.– (ab 1. Juni 2021).
- C.____ und D.____: je Fr. 265.– (ab 1. September 2021).

b) Vermögen:

Im Rahmen der vorliegenden Unterhaltsberechnung liegt kein nennenswertes Vermögen der Beteiligten vor.

3. Der Kläger wird verpflichtet, zusätzlich zu den in Ziff. 1 genannten Unterhaltsbeiträgen, vom ihm ausgerichteten (Netto-)Bonus 20% an C.____ und 40% an D.____ zu entrichten, zahlbar jeweils innert 30 Tagen nach Erhalt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten jeweils innert 30 Tagen nach Erhalt eine Kopie der die Bonuszahlungen betreffenden Lohnabrechnungen zukommen zu lassen.
5. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird zusammen mit dem Endentscheid befunden.
6. [Schriftliche Mitteilung]
7. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

des Klägers, Massnahmegesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung vom 11. Juli 2022 sei vollumfänglich aufzuheben;

2. Auf das Massnahmebegehren vom 1. Februar 2022 sei nicht einzutreten.
3. Eventualiter seien ab September 2021 folgende Unterhaltsbeiträge zu sprechen:
 - C._____: CHF 811.–
 - D._____: CHF 1'762.– (davon CHF 951.– Betreuungsunterhalt)
4. Es sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten, Massnahmegesuchstellerin und Berufungsbeklagten
(Urk. 10 S. 3):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuz. 7,7 % MwSt zu Lasten des Berufungsklägers."

Prozessualer Antrag:

"Es sei der Berufungskläger zur Leistung eines angemessenen Prozesskostenbeitrages von wenigstens CHF 4'000.– zu verpflichten.

Eventualiter sei der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei Söhne: C._____, geboren am tt.mm.2012, und D._____, geboren am tt.mm.2013. Seit dem 6. Dezember 2016 stehen sie sich vor Vorinstanz im Scheidungsverfahren gegenüber. Für die frühere Prozessgeschichte ist auf den Entscheid der Kammer vom 3. November 2021 zu verweisen (LY210009-O = Urk. 5/23).
2. Am 1. Februar 2022 stellte die Beklagte, Massnahmegesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) ein (erneutes) Massnahmegesuch. Für den weiteren Prozessverlauf ist auf die angefochtene Verfügung zu verweisen (Urk. 2

S. 3). Am 11. Juli 2022 fällte die Vorinstanz den oben zitierten Entscheid (Urk. 2 11 ff.).

3. Mit Eingabe vom 2. August 2022 erhob der Kläger, Massnahmegesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Kläger) Berufung und stellte den Antrag, es sei auf das Massnahmegesuch nicht einzutreten und es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 11. August 2022 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und dem Kläger Frist zur Leistung des Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 6 S. 6), der innert Frist einging (Urk. 8). Die Berufungsantwort der Beklagten datiert vom 29. September 2022 (Urk. 10) und wurde mit Verfügung vom 4. Oktober 2022 dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt. Am 15. November 2022 machte die Beklagte persönlich eine Eingabe (Urk. 14), welche ihrem Vertreter und der Gegenseite am 16. November 2022 zur Kenntnis gebracht wurde (vgl. Urk. 15/1-2). Am 16. März 2023 erkundigte sich der Kläger nach dem Stand des Verfahrens (Urk. 16). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

4. Auf die Vorbringen der Parteien ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

II.

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Akten-

stellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3). Dies gilt auch, wenn – wie vorliegend – die Offizial- und die strenge Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangen (BGer 5A_467/2020 vom 7. September 2020, E. 4.3 und 4.4; BGer 5A_994/2018 vom 29. Oktober 2019, E. 6.3.4; BGer 5A_236/2016 vom 15. Januar 2018, E. 3.3.3; BGE 138 III 374 E. 4.3.1 [= Pra 102/2013 Nr. 4]; BGE 137 III 617 E. 4.2.2). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand. Die Berufungsinstanz ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vorliegen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Berufungsbegründung gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachte Argumentation oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sondern kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 6).

2. Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Das Gericht entscheidet ohne Bindung an die Parteianträge. Das Verschlechterungsverbot kommt unter der Offizialmaxime nicht zum Tragen (BGE 129 III 417 E. 2.1.1).

3.1 Die Beklagte begründete ihr Abänderungsgesuch vom 1. Februar 2022 mit dem Umstand, dass der Kläger seit 1. September 2021 ein Nettoeinkommen ohne Kinderzulagen von Fr. 8'162.75 zuzüglich Fr. 360.– Repräsentationsspesen erziele und nicht Fr. 6'255.– gemäss Entscheid der Kammer vom 3. November 2021 (Urk. 2 S. 3 f.).

3.2 Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, der Kläger habe an der Hauptverhandlung vom 17. Mai 2022 das erwähnte Nettoeinkommen anerkannt. Die Repräsentationsspesen bestreite der Kläger nur pauschal, weshalb sie als verdeckter Lohnbestandteil anzurechnen seien. Es sei daher von einem monatlichen Netto-Basissalär von Fr. 8'522.75 auszugehen, auch wenn der Kläger nur ein 90 %-Pensum inne habe. Ein allfälliger Zielbonus, welcher der Kläger mit seiner Arbeitgeberin im Arbeitsvertrag vereinbart habe, habe der Kläger zu 60 % zusätzlich zu den Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte zugunsten der beiden Söhne zu leisten (Urk. 2 S. 4 f.).

3.3 Der Einwand des Klägers, so die Vorinstanz weiter, die Beklagte hätte die behaupteten Änderungen bereits im Berufungsverfahren vor Obergericht [LY210009-O] geltend machen müssen, verfange nicht. Der Kläger argumentiere, es sei unbestritten, dass er die neue Anstellung bereits vor dem Urteil des Obergerichts vom 3. November 2021 angetreten habe. Auch wenn die Beklagte erst nach dem 3. November 2021 von den geänderten Einkommensverhältnissen Kenntnis erlangt haben sollte, was sie jedoch nicht behauptete, könne eine Abänderungsklage im Sinne von Art. 179 ZGB nur mit echten Noven begründet werden. Im vom Kläger selbst zitierten BGE 143 III 142 erwäge das Bundesgericht allerdings, dass im kinsrechtlichen Abänderungsprozess als echte Noven Tatsachen und Beweismittel geltend gemacht werden könnten, die erst nach dem Zeitpunkt eingetreten oder verfügbar geworden seien, in dem im früheren, durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahren letztmals neue Angriffs- und Verteidigungsmittel hätten vorgebracht werden können. Aus dem zur Abänderung vorgelegten Obergerichtsentscheid gehe hervor, dass die Beklagte am 28. Juni 2021 von ihrem Recht auf Stellungnahme zur Berufungsantwort Gebrauch gemacht habe, während sich der Kläger nicht mehr habe vernehmen lassen. Damit habe

das Beweisverfahren vor Obergericht als abgeschlossen zu gelten. Es könne der Beklagten nicht zum prozessualen Nachteil gereichen, dass sie die veränderten Einkommensverhältnisse des Klägers nicht schon vor Obergericht geltend gemacht habe. Im Übrigen verstricke sich der Kläger auch in Widersprüche, wenn er geltend mache, er hätte keine Rechtspflicht gehabt, sein geändertes Einkommen bereits vor Erlass des Obergerichtsentscheids vom 3. November 2021 offen zu legen, aber ohne Beweisofferte erkläre, die neue Anstellung ab 1. September 2021 sei der Beklagten bestens bekannt gewesen (Urk. 2 S. 5 f.).

3.4 Der Kläger macht berufungsweise geltend, die Beklagte bestreite nicht, dass die geltend gemachten Abänderungsgründe bereits im Berufungsverfahren LY210009-O hätten geltend gemacht werden können. Das Bundesgericht habe in BGer 5A_42/2019 ebenfalls klar ausgeführt, dass ein Abänderungsbegehren nur auf echte Noven abgestützt werden könne, "so dass Pseudo-Noven, welche nicht vor der Urteilsberatung geltend gemacht werden konnten, nur im Revisionsverfahren geltend gemacht werden können." Im Berufungsverfahren LY210009-O sei nie eine Mitteilung erfolgt, dass das Verfahren in das Stadium der Urteilsberatung eingetreten sei. Die Beklagte trage auch die Beweislast, dass die geltend gemachten Abänderungsgründe nicht hätten geltend gemacht werden können. Da die Beklagte keine Angaben dazu mache, wann und wie sie Kenntnis von der neuen Anstellung erhalten habe, und (wie erwähnt) nicht bestreite, dass sie die Noven bereits im Berufungsverfahren LY210009-O hätte geltend machen können, sei auf das Abänderungsgesuch nicht einzutreten (Urk. 1 S. 5 f.).

3.5 Die Beklagte widerspricht. Sie führt im Wesentlichen aus, bis zum Entscheid des Obergerichts vom 3. November 2021 habe sie nicht gewusst, dass der Kläger über eine neue Anstellung verfüge, geschweige denn, was er an dieser neuen Stelle verdiene. Erst am 14. Januar 2022 habe der Rechtsvertreter des Klägers ihrem Anwalt die entsprechenden Lohnausweise zugestellt. Das habe sie an der Hauptverhandlung auch explizit geltend gemacht (mit Verweis auf Urk. 7/329 Rz. 1). Der Kläger habe nicht bekannt gegeben, wann er ihr gegenüber offengelegt habe, eine neue Anstellung zu haben und ein wesentlich höheres Einkommen zu erzielen. Der Weg zur Änderung stehe entweder offen, wenn der behauptete

Sachverhalt ein echtes Novum sei, oder wenn er ein Pseudo-Novum darstelle, aber das Beweismittel, das geeignet sei, ihn zu beweisen, ein echtes Novum darstelle (Urk. 10 S. 4 f. mit Hinweis auf BGer 5A_154/2019 vom 1. Oktober 2019, E. 4.1). Die Behauptung des Klägers betreffend "Pseudo-Novum" sei unzutreffend. Der Kläger wäre gehalten gewesen, die wesentliche Änderung umgehend von sich aus bekanntzugeben, und zwar nicht nur der Beklagten, sondern auch dem Obergericht während des Berufungsverfahrens. Das Verheimlichen einer wesentlichen Einkommensverbesserung während einem laufenden Verfahren widerspreche Treu und Glauben. Die Voraussetzungen für die Abänderungsklage seien daher gegeben (Urk. 10 S. 6).

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

5. Der Kläger macht nicht geltend, dass er im erstinstanzlichen Verfahren die Behauptung der Beklagten, sie habe erst am 14. Januar 2022 aufgrund der per Email zugestellten Lohnausweise insbesondere von der Lohnerhöhung erfahren, bestritten hat. Dies ist auch aufgrund der Akten nicht ersichtlich. Damit ist von dieser unbestrittenen Tatsachenbehauptung auszugehen. Im Übrigen zeigt der Kläger im Berufungsverfahren weder substantiiert auf, wo er im erstinstanzlichen Verfahren vorgetragen hat, dass und wann die Beklagte erfahren habe, er habe per 1. September 2021 eine neue Erwerbstätigkeit aufgenommen, noch, wo er behauptet hat, dass der Beklagten auch bekannt gewesen sei, er verdiene am

neuen Arbeitsort wesentlich mehr. Ein Stellenwechsel allein begründet nicht zwingend einen Mehrverdienst. Damit genügt der Kläger den Rügeanforderungen nicht. Richtig ist zwar, dass im Verfahren LY210009-O keine Beratungsphase angesetzt wurde (vgl. Urk. 5, Prot.). Dies bedeutet, dass bis zum 3. November 2021 Noven hätten vorgebracht werden können. Allerdings bemerkt die Beklagte zu Recht, dass es am Kläger gewesen wäre, den Stellenwechsel samt Lohnerhöhung ins Berufungsverfahren einzubringen. Art. 170 ZGB sieht eine umfassende, gegenseitige Auskunftspflicht der Ehegatten in wirtschaftlichen Belangen vor und trifft die Ehegatten während eines gerichtlichen Verfahrens eine erhöhte Pflicht, einander von sich aus und unaufgefordert über alle für die Regelung des Getrenntlebens und der Scheidungsfolgen massgeblichen wirtschaftlichen Gegebenheiten Auskunft zu erteilen (BGer 5A_816/2014 vom 3. März 2015, E. 3.3 m.w.H.). Den Kläger trifft in dieser Hinsicht durchaus eine Rechtspflicht. Im Ergebnis ist die Vorinstanz zu Recht auf das Abänderungsbegehren eingetreten.

6. Die Vorinstanz erkannte alsdann, dass eine monatliche Einkommensdifferenz von mehr als Fr. 2'000.– eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse bzw. einen Abänderungsgrund bilde (Urk. 2 S. 6). Entsprechend hatte die Vorinstanz den Unterhalt neu festzulegen und hierfür sämtliche Berechnungsparameter zu aktualisieren (vgl. BGE 137 III 604 E. 4.1.2).

7.1 Das konkrete Einkommen des Klägers setzte die Vorinstanz - wie unter Erw. II./3.2 dargelegt - auf Fr. 8'522.75 fest (Urk. 2 S. 5). Der Kläger kritisiert, die Beklagte habe nicht geltend gemacht, dass es sich bei den Spesen von Fr. 360.– um einen verdeckten Lohnbestandteil handle. Zudem müssten für pauschal bemessene Spesen für den Arbeitgeber keine Quittungen aufbewahrt werden, weshalb von ihm auch nicht verlangt werden könne, dass er diese Spesen mit Quittungen belege. Die Kosten für mehrere Fahrten nach Genf einschliesslich Mahlzeiten würden die Spesen bei Weitem übersteigen (Urk. 1 S 6 f.).

7.2 Das vorliegende Verfahren untersteht der Untersuchungs- und Officialmaxime (Art. 296 ZPO). Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen, was u.a. bedeutet, dass das Gericht nicht an die Parteivorbringen gebunden ist. Selbst wenn die Beklagte die Spesen anerkannt hätte, was von ihr bestritten wird (Urk.

10 S. 7 mit Verweis auf Urk. 7/306 Rz 6; Prot. I S. 153), ist der Vorinstanz keine Rechtsverletzung vorzuwerfen. Sie hat sämtliche Tatsachen, die für die Neufestsetzung des Kindesunterhalts von Bedeutung sind, von Amtes wegen zu ermitteln. Der Einwand des Klägers, er habe keine Pflicht, die Quittungen aufzubewahren, mag gegenüber seiner Arbeitgeberin stimmen. In prozessualer Hinsicht hat der anwaltlich vertretene und prozesserfahrene Kläger seine Behauptungen jedoch glaubhaft zu machen. Er macht im Berufungsverfahren nicht geltend, dass er im vorinstanzlichen Verfahren zumindest eine detaillierte Aufstellung seiner Fahrten nach Genf samt Essensauslagen ins Recht gelegt hätte. Dazu hätte er umso mehr Anlass gehabt, da die Beklagte in ihrem Abänderungsgesuch vom 1. Februar 2022 von einem verdeckten Lohnbestandteil ausging (Urk. 10 S. 7). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz sind deshalb Fr. 360.– als Lohnbestandteil anzurechnen.

7.3 Die Beklagte moniert im Berufungsverfahren, der Kläger habe an der Hauptverhandlung vom 17. Mai 2022 ein Einkommen von Fr. 8'384.25 anerkannt, ohne Spesen. Zudem habe sie klar festgehalten, dass der Kläger zu 100 % zu arbeiten habe und ihm daher Fr. 9'349.– anzurechnen seien. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Vorinstanz lediglich von einem Einkommen von 90 % ausgegangen sei. Korrekterweise wäre sogar von einem massgebenden Einkommen des Klägers von Fr. 9'349.– auszugehen (Urk. 10 S. 7 f.). Die Beklagte zeigt nicht auf, wo sie vor Vorinstanz die Behauptung aufgestellt hat, dem Kläger seien Fr. 9'349.– anzurechnen, weshalb sie ihrer Rügepflicht nicht nachkommt (vgl. Erw. II./1). Demgegenüber ist der Beklagten dahingehend zu folgen, dass der Kläger für sein 90%-Pensum vor Vorinstanz ausdrücklich ein Einkommen von Fr. 8'384.25 anerkannt hat, wie sich aus der von ihr in Rz. 17 der Berufungsantwort (Urk. 10) zitierten Protokollstelle ergibt ("Ohne Spesen würde das Nettoeinkommen des Klägers Fr. 8'384.25 betragen und dieses Einkommen von Fr. 8'384.25 wird anerkannt", Prot. I S. 149). Es rechtfertigt sich somit ohne Weiteres, von einem Einkommen des Klägers inkl. 13. Monatslohn (vgl. Urk. 7/320/146) von Fr. 8'384.25 auszugehen, zumal dies auch dem durch den Lohnausweis 2021 (Urk. 7/320/147) ausgewiesenen Nettolohn des Klägers (Fr. 35'657.– ./ Fr. 2'120.– [Kinderzulagen] : 4)

entspricht. Dies führt zuzüglich Fr. 360.– Spesen zu einem anrechenbaren monatlichen Einkommen von Fr. 8'744.25 netto.

8. Das (hypothetische) Einkommen der Beklagten von Fr. 2'300.– netto monatlich wurde von den Parteien nicht thematisiert und ist zu übernehmen (Urk. 1 S. 7).

9. Die Familienzulage für die beiden Söhne beträgt je Fr. 265.– (Urk. 2 S. 10).

10. Den aktualisierten Bedarf des Klägers legte die Vorinstanz auf Fr. 4'717.– fest (Urk. 2 S. 8 f.). Der Kläger macht Fr. 4'876.– geltend (Urk. 1 S. 8).

10.1 Er beanstandet, obwohl ein Überschuss vorliege, habe die Vorinstanz in Anlehnung an das Urteil des Obergerichts vom 3. November 2021 lediglich die KVG-Prämien berücksichtigt. Wegen des Überschusses seien die VVG-Prämien auch zu berücksichtigen. Dass nur für C._____ eine Zusatzversicherung vorliege, ändere daran nichts. Die Zusatzversicherungen von Fr. 63.95 seien zu berücksichtigen (Urk. 1 S. 7). Die Beklagte wendet zu Recht ein, dass der Kläger vor Vorinstanz die VVG-Prämien weder beansprucht noch substantiiert geltend gemacht habe (vgl. Urk. 10 S. 8 mit Verweis auf Urk. 7/319). Mit Blick auf das geltende Novenrecht und die Untersuchungsmaxime (Erw. II./2) ist der Bedarf beim Beklagten dennoch um (gerundet) Fr. 64.– (Urk. 7/320/159) und bei C._____ um Fr. 15.– (Urk. 7/307/4) zu erhöhen. Der Kläger hatte bereits im Verfahren LY210009-O die VVG-Versicherungen beansprucht, welche aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei engen Verhältnissen nicht berücksichtigt werden konnten (Urk. 5/2 S. 15). Da vorliegend ein Überschuss resultiert, sind die VVG-Prämien zu berücksichtigen (vgl. BGE 147 III 265 E. 7.2).

10.2 Die Vorinstanz sprach keine Gesundheitskosten zu. Sie führte aus, der Kläger benenne die geltend gemachten Gesundheitskosten nicht bzw. untermauere diese nicht mit Beweisofferten (Urk. 1 S. 9 f.). Der Kläger moniert, er habe die Gesundheitskosten belegt. Diese hätten für das Jahr 2020 Fr. 973.– und für das Jahr 2021 Fr. 1'307.–, durchschnittlich Fr. 95.–, betragen (Urk. 1 S. 8).

Mit Blick auf das soeben Ausgeführte kann der Vorinstanz keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden. Wie die VVG-Prämien spezifizierte der Kläger auch seine Gesundheitskosten vor Vorinstanz nicht. Er unterliess es zudem, auf die entsprechenden Belege zu verweisen (Urk. 2 S. 9 f.), weshalb die Vorinstanz die Gesundheitskosten zu Recht nicht aufgenommen hat. Mit Blick auf die vorliegend anzuwendenden Verfahrensmaximen erscheint es billig, die in der Vergangenheit regelmässig angefallenen Gesundheitskosten (Urk. 7/320/160, 7/320/161) aufzunehmen und den Bedarf des Klägers um die geltend gemachten Fr. 95.– zu erhöhen.

10.3 Nach dem Gesagten ist der Bedarf des Klägers neu mit Fr. 4'876.– zu veranschlagen.

11. Der Bedarf der Beklagten ist unangefochten mit Fr. 3'251.– zu übernehmen (Urk. 2 S. 9).

12.1 Der Bedarf von C._____ ist um die Zusatzversicherung von Fr. 15.– auf Fr. 1'001.– zu erhöhen (Urk. 2 S. 8 f.). Nach Abzug der Familienzulage von Fr. 265.– reduziert er sich auf Fr. 736.–.

12.2 Der Bedarf von D._____ ist unverändert mit Fr. 986.– zu übernehmen (Urk. 2 S. 9). Nach Abzug der Familienzulage von Fr. 265.– beläuft er sich Fr. 721.–.

13. Die Leistungsfähigkeit des Klägers beträgt Fr. 3'868.25 (Einkommen Fr. 8'744.25 ./. Bedarf Fr. 4'876.–). Der Kläger ist zu verpflichten, die Barunterhaltsbeiträge von Fr. 736.– für C._____ und von Fr. 721.– für D._____ zu bezahlen. Zudem sind (unverändert) Fr. 951.– als Betreuungsunterhalt zu leisten (vgl. Urk. 2 S. 11). Dies führt zu einem Überschuss von neu Fr. 1'460.25.

14.1 Der Kläger beanstandet, dass sich die Vorinstanz zur Aufteilung des Überschusses nicht konkret geäussert bzw. diese nicht begründet habe (Urk. 1 S. 8). Die Vorinstanz teilte je Fr. 383.– als Überschuss den Kindern zu (Urk. 2 S. 11), unter Hinweis auf das ihr zustehende Ermessen (Urk. 2 S. 8). Es ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefolgt

ist, wonach der Überschuss in der Regel nach grossen und kleinen Köpfen (Eltern und minderjährige Kinder) zu verteilen ist, wobei sämtliche Besonderheiten des konkreten Falles wie Betreuungsverhältnisse, "überobligatorische Arbeitsanstrengungen", spezielle Bedarfspositionen u.ä.m. zu berücksichtigen sind (vgl. BGE 147 III 265 E. 7.3), auch wenn das Quantitativ nicht genau 25 % entspricht. Eine allfällige Gehörsverletzung kann im zu beurteilenden Berufungsverfahren jedoch als geheilt gelten. Die urteilende Kammer kann den angefochtenen Entscheid sowohl auf unrichtige Rechtsanwendung wie auch auf unrichtige Sachverhaltsfeststellung überprüfen (vgl. Art. 310 lit. a und b ZPO) und hat dieselbe umfassende Kognition wie die Vorinstanz. Der Kläger konnte sich im Rahmen seiner Berufungsschrift grundsätzlich umfassend zur Überschussaufteilung äussern.

14.2 In seiner Berufungsschrift führt der Kläger aus, er habe im vorinstanzlichen Verfahren beantragt, dass ihm der Überschuss mehrheitlich zuzuweisen sei. Die Vorinstanz habe seinen Betreuungsanteil nicht berücksichtigt und dem Umstand nicht Rechnung getragen, dass er für die Hobbies der Kinder aufkomme. Unter Berücksichtigung dieser Tatsachen sei den Kindern je 10 % des Überschusses zuzuteilen (Urk. 1 S. 8 f.). Zum konkreten Betreuungsanteil macht der Kläger im Berufungsverfahren keine Angaben und kommt seiner Rügepflicht nicht nach. Betreffend die Hobbies liegen nur zwei Belege in den vorinstanzlichen Akten (Urk. 7/320/153 und 154). Diese vermögen regelmässige Auslagen für die Freizeitgestaltung der Kinder nicht glaubhaft zu machen. Gemäss Rechtsprechung sollen Kinder sodann am insgesamt höheren Lebensstandard teilhaben können (vgl. BGE 147 III 293 E. 4.4). Dies rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, als gemäss abzuänderndem Urteil der Kammer der familienrechtliche Bedarf nicht gedeckt werden konnte (vgl. Urk. 5/23 S. 37 f.). Es bleibt somit im Grundsatz dabei, dass der Überschuss nach grossen und kleinen Köpfen zu verteilen ist, was allerdings rechnerisch einem Anteil von 50% für den Kläger und einem Anteil von 25% pro Kind entspricht. Ausgehend von einem Überschuss von Fr. 1'460.25 resultiert daher je Kind ein Überschussanteil von Fr. 365.—.

15. Die Vorinstanz sprach die abgeänderten Unterhaltsbeiträge mit Wirkung ab 1. September 2021 zu (Urk. 2 S. 11). Der Kläger äussert sich nicht zum Zeitpunkt, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

16.1 Basierend auf den obigen Ausführungen sind damit folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zuzusprechen, zzgl. allfällige Familienzulagen, erstmals ab 1. September 2021, jeweils zahlbar auf den 1. eines jeden Monats an die Beklagte:

Fr. 1'101.– für C._____ (Fr. 736.– Barunterhalt + Fr. 365.– Überschussanteil),

Fr. 2'037.– für D._____ (Fr. 721.– Barunterhalt + Fr. 951.– Betreuungsunterhalt + Fr. 365.– Überschussanteil).

16.2 Nach dem vorstehend Gesagten (vgl. Erw. II./7.3) ist sodann Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheides (Angaben gemäss Art. 301a ZPO) hinsichtlich des Einkommens des Klägers ab 1. September 2021 zu korrigieren (Einkommen von Fr. 8'744.25 anstatt Fr. 8'522.75).

17.1 Gemäss Arbeitsvertrag vom 9. Juli 2021 hat der Kläger - unter bestimmten Voraussetzungen - Anspruch auf einen Bonus (Urk. 7/320/146). In Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung verpflichtete die Vorinstanz den Kläger, der Beklagten für C._____ 20 % und für D._____ 40 % des ausbezahlten Bonus innert 30 Tagen seit Erhalt zu entrichten (Urk. 2 S. 12). Der Kläger macht pauschal geltend, allfällige Boni seien ihm zu belassen (Urk. 1 S. 9).

17.2 Bonuszahlungen gehören zum laufenden Familieneinkommen und sind in die Unterhaltsberechnung miteinzubeziehen (vgl. BGer 5A_686/2010 vom 06. Dezember 2010, E. 2.3). Der Kläger begründet nicht, weshalb in der konkreten Situation von dieser Praxis abzuweichen wäre. Damit bleibt es bei der vorinstanzlichen Regelung. Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung ist zu bestätigen. Ebenfalls zu bestätigen ist die damit in Zusammenhang stehende Dispositiv-Ziffer 4 betreffend Vorlage der Lohnabrechnungen.

18. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid in der Hauptsache vorbehalten (Urk. 2 E. S. 11, Dispositiv-Ziff. 5). Dies blieb unwidersprochen.

III.

1. Ausgangsgemäss wird der Kläger für das Berufungsverfahren – trotz der geringfügigen Anpassungen – kosten- und entschädigungspflichtig. Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2, § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 9 und § 11 Abs. 1 bis 3 AnwG auf Fr. 2'000.– zuzüglich 7.7 % MwSt. festzulegen. Sie ist – zufolge unentgeltlicher Rechtsverteidung (E. III/2.3) – direkt dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beklagten zuzusprechen (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 123 N 5, mit weiteren Hinweisen; BGer 4A_456/2021; 4A_458/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 2.2).

2.1. Die Beklagte stellt den Antrag, der Kläger habe ihr einen angemessenen Prozesskostenbeitrag von wenigstens Fr. 4'000.– für das Berufungsverfahren zu bezahlen, eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen (Urk. 10 S. 3).

2.2. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbehagen nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Ein Prozesskostenbeitrag ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Als weitere Voraussetzung muss es dem angesprochenen Ehegatten möglich sein, dem anderen die Kosten, die er zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (BGer 5P.441/2005 vom 9. Februar 2006, E. 1.2 m.w.H.).

2.3. Nachdem der Beklagten im Rechtsmittelverfahren ausgangsgemäss keine Gerichtskosten entstehen und ihr eine volle Parteientschädigung zuzusprechen ist, ist ihr Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. Ebenso ist mit Bezug auf ihr Eventualbegehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu verfahren, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten bezieht. Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes darf gemäss Bundesgericht hingegen nicht schon deshalb als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden, weil der bedürftigen Partei eine Parteientschädigung zugesprochen wird. Ein solches Vorgehen ist lediglich dann zulässig, wenn die Solvenz der Gegenpartei ausser Zweifel steht und damit eine Parteientschädigung ohne weiteres als einbringlich gelten kann. Erweist sich die Zahlungsfähigkeit demgegenüber als unsicher, muss gewährleistet bleiben, dass die Vertretung der bedürftigen Partei nötigenfalls durch den Staat gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO entschädigt wird (BGer 5A_407/2014 vom 7. Juli 2014 E. 2.2. m.w.H.).

Insbesondere angesichts des nicht übermässig hohen Überschusses des Klägers von Fr. 730.– monatlich (vgl. Erw. II./14.2) kann vorliegend nicht gesagt werden kann, seine Solvenz stehe ausser Zweifel. Damit ist das Gesuch der Beklagten um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) materiell zu behandeln (vgl. BGer 5A_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2; OGer ZH RT150116 vom 11.11.2015, E. II./C.3). Bei der Prüfung der prozessualen Bedürftigkeit (Mittellosigkeit) ist der sog. Effektivitätsgrundsatz zu beachten. Danach sind die tatsächlich vorhandenen Mittel (Einkommen und Vermögen) den tatsächlich anfallenden Lebenshaltungskosten gegenüberzustellen. Die Berücksichtigung eines hypothetischen Einkommens fällt damit ausser Betracht (OGer ZH LZ180029 vom 14.06.2019, E. IV./3.1; OGer ZH LE150010 vom 09.07.2015, E. IV./3.1; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 8 f.). Aus den im Recht liegenden Lohnabrechnungen der Beklagten der Monate Mai, Juni und August 2022 (Urk. 12/2a-3d) ergibt sich, dass die Beklagte noch nicht einmal das ihr angerechnete hypothetische Einkommen von Fr. 2'300.– erzielt und ihr somit auch kein Überschuss über ihren Bedarf von Fr. 3'251.– entsteht. Der Kontoauszug der Beklagten per 28. September 2022 weist sodann einen Minussaldo von Fr. 758.– aus

(Urk. 12/4). Ihre Darstellung, wonach sie zwar mit Valuta 15. November 2021 ihren Anteil aus dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft von Fr. 39'173.60 erhalten, sie allerdings damit alle offenen Rechnungen und Schulden zurückbezahlt, weshalb sich der Saldo auf ihrem Privatkonto bereits per Ende November 2021 auf nur noch Fr. 4'264.19 belaufen habe, ist aufgrund des Kontoauszuges per 30.11.2021 (Urk. 7/307/5) glaubhaft. Damit ist die Mittellosigkeit der Beklagten zu bejahen. Ihre Rechtsmittelanträge waren sodann nicht aussichtslos, und die rechtsunkundige Beklagte war für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte vor Berufungsinstanz auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Damit sind die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtsverbeiständung erfüllt und der Beklagten ist für das Berufungsverfahren die von ihr beantragte Rechtsvertretung beizugeben.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag der Beklagten auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages wird abgeschrieben.
2. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Im Übrigen wird das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. November 2021 (Geschäfts-Nr. LY210009-O) wird wie folgt abgeändert resp. ergänzt:

Der Kläger wird zur Bezahlung von folgenden monatlichen Unterhaltsbeiträgen (zzgl. allfällige gesetzliche oder vertragliche Familienzulagen), zahlbar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, verpflichtet:

e) Ab 1. September 2021

- C._____: Fr. 1'101.– (hiervon Fr. 736.– Barunterhalt + Fr. 365.– Überschussanteil)
- D._____: Fr. 2'037.– (hiervon Fr. 721.– Barunterhalt + Fr. 951.– Betreuungsunterhalt + Fr. 365.– Überschussanteil).

2. Diesem Entscheid liegen folgende finanziellen Verhältnisse der Parteien zugrunde.

a) Einkommen:

- Kläger: Fr. 8'744.25 (ab 1. September 2021).
- Beklagte: Fr. 2'300.– (ab 1. Juni 2021).
- C.____ und D.____: je Fr. 265.– (ab 1. September 2021).

b) Vermögen:

Im Rahmen der vorliegenden Unterhaltsberechnung liegt kein nennenswertes Vermögen der Beteiligten vor.

3. Der Kläger wird verpflichtet, zusätzlich zu den in Dispositiv-Ziffer 1 hiervor genannten Unterhaltsbeiträgen, vom ihm ausgerichteten (Netto-)Bonus 20% an C.____ und 40% an D.____ zu entrichten, zahlbar jeweils innert 30 Tagen nach Erhalt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten jeweils innert 30 Tagen nach Erhalt eine Kopie der die Bonuszahlungen betreffenden Lohnabrechnungen zukommen zu lassen.
5. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 5) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
7. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

8. Der Kläger wird verpflichtet, Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____ für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'154.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

10. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 21. Juni 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Wolf-Gerber

versandt am:
ya