

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY230008-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Obergerichterin
Dr. S. Janssen und Obergerichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Wolf-Gerber

Beschluss und Urteil vom 21. Juni 2023

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Abänderung vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 3. November 2022 (FE170112-E)**

Rechtsbegehren:

I. Der Klägerin (Urk. 9/318 S. 2):

"Es sei der Beklagte für die Dauer des Scheidungsverfahrens zu angemessenen Unterhaltsbeiträgen, d.h. zu mindestens Fr. 1'500.– für die gemeinsamen Kinder zu verpflichten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz zulasten des Beklagten."

II. Des Beklagten (Urk. 9/323 S. 1):

Die Beklagte sei unter Androhung der Strafe nach Art. 292 StPO bei Zuwiderhandlung zu verpflichten, dem Beklagten die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2011, und D._____, geb. tt.mm.2013, jeweils jedes zweite Wochenende am Freitag spätestens 15.52 Uhr am Hauptbahnhof Zürich zu übergeben.

Ebenfalls sei zukünftig die Ferienregelung, insbesondere die Anzahl Ferientage gemäss Plan zu befolgen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Klägerin.

Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 3. November 2022:

(Urk. 9/345 = Urk. 2)

1. In Abänderung von Ziffern 1 bis 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 30. August 2019 lautet die Unterhaltsregelung neu wie folgt:

Der Beklagte wird verpflichtet, für die beiden Söhne C._____ und D._____ die folgenden Kinderunterhaltsbeiträge (zuzüglich allfälliger gesetzlich oder vertraglich geregelter Familienzulagen) zu bezahlen:

- Fr. 460.– pro Kind vom 1. April bis 31. Dezember 2022 (reiner Barunterhalt)
- Fr. 1'500.– pro Kind ab 1. Januar 2023 für die weitere Dauer des Verfahrens (reiner Barunterhalt)

Diese Unterhaltsbeiträge und die Familienzulagen sind an die Mutter zahlbar und zwar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

2. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 1 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:

- Klägerin: Fr. 8'866.– 1. April 2022 bis und mit 31. Dezember 2022
(80% Pensum)

Fr. 6'677.– ab 1. Januar 2023 (60% Pensum)
- Beklagter: Fr. 4'437.– 1. April 2022 bis und mit 31. Dezember 2022
(50% Pensum)

Fr. 8'100.– ab 1. Januar 2023 (hypothetisch, 100% Pensum)
- Kinder: je die Familienzulagen von derzeit Fr. 200.–

Vermögen: für die Unterhaltsberechnung nicht relevant

3. In Abänderung von Ziffer 6 der Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 11. Juli 2019 lautet das Besuchsrecht neu wie folgt:

A. Betreuung

Der Beklagte betreut die Kinder wie folgt:

- vierzehntäglich von Freitag, 18.40 Uhr, bis Sonntagabend, 17.25 Uhr;
- jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr;
- sowie in geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage, von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 17.00 Uhr, und in ungeraden Jahren

über die ganzen Pfingstfeiertage, von Pfingstsamstag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 17.00 Uhr.

Ausserdem ist der Beklagte berechtigt und verpflichtet, die Kinder für die Dauer von 7 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Klägerin erklärt sich ausdrücklich damit einverstanden, dass die Kinder innerhalb dieser 7 Wochen auch Ferien beim Grossvater väterlicherseits (ohne den Beklagten) verbringen dürfen.

Der Beklagte verpflichtet sich, die Ferienbetreuung mindestens drei Monate vor dem geplanten Ferienbeginn anzumelden und mit der Klägerin abzusprechen. Können sich die Parteien nicht einigen, so kommt dem Beklagten das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien in Jahren mit gerader Jahreszahl zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Klägerin. Die Ferien sind in den Schulferien zu beziehen.

In der übrigen Zeit werden die Kinder durch die Klägerin betreut.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

4. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Rechtsmittelbelehrung; Berufung, 10 Tage)

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Es seien die Dispositiv-Ziffer 1 und 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 03.11.2022 (Geschäfts-Nr. FE170112-E) aufzuheben und es sei festzustellen, dass ab 01.04.2022 der Berufungskläger mangels Leistungsfähigkeit bis auf Weiteres für die beiden Söhne C._____ und D._____ keinen Bar- oder Betreuungsunterhalt zu bezahlen hat.

2. Es sei die Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 03.11.2022 (Geschäfts-Nr. FE170112-E) aufzuheben und es sei folgende Besuchs- bzw. Ferienregelung zu verfügen:

«In Abänderung von Ziffer 6 der Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 11.07.2019 lautet das Besuchsrecht neu wie folgt:

A. Betreuung

Die Berufungsbeklagte ist – unter Strafandrohung von Art. 292 StGB – zu verpflichten, dem Beklagten folgendes Besuchs- bzw. Ferienrecht mit den Kindern zu ermöglichen:

- Vierzehntägig von Freitag, spätestens ab 15.52 Uhr (Übergabe Hauptbahnhof Zürich) bis Sonntagabend, um 17.25 Uhr (Übergabe E. _____ SBB);
- Jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr;
- sowie in geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage, von Karfreitag, 10:00 Uhr, bis Ostermontag, 17:00 Uhr, und in ungeraden Jahren über die ganzen Pfingstfeiertage, von Pfingstsamstag, 10:00 Uhr, bis Pfingstmontag, 17:00 Uhr.

Ausserdem ist der Beklagte berechtigt und verpflichtet, die Kinder für die Dauer von 7 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Berufungsbeklagte erklärt sich ausdrücklich damit einverstanden, dass die Kinder innerhalb dieser 7 Wochen auch Ferien beim Grossvater väterlicherseits (ohne den Beklagten) verbringen dürfen.

Der Beklagte verpflichtet sich, die Ferienbetreuung mindestens drei Monate vor dem geplanten Ferienbeginn anzumelden und mit der Berufungsbeklagten abzusprechen. Können sich die Parteien nicht einigen, so kommt dem Beklagten das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien in Jahren mit gerade Jahreszahl zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Berufungsbeklagten. Die Ferien sind in den Schulferien zu beziehen.

In der übrigen Zeit werden die Kinder durch die Berufungsbeklagte betreut. Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.»

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 11 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Es sei dem Berufungskläger in diesem Verfahren eine Frist zur Leistung einer Sicherheit in der Höhe der mutmasslichen Prozesskosten anzusetzen.

3. Es sei der Berufungsbeklagten eventualiter die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihr in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder, C._____, geboren am tt.mm.2011, und D._____, geboren am tt.mm.2013. Sie stehen seit dem 30. Juni 2017 vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren. Mit Verfügung vom 30. August 2019 hob die Vorinstanz die Verpflichtung des Beklagten und Berufungsklägers (fortan: Beklagter) zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen auf (Urk. 9/188). Mit Eingabe vom 9. August 2022 beantragte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan: Klägerin) bei der Vorinstanz, der Beklagte sei im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen nunmehr zur Leistung von angemessenen Kinderunterhaltsbeiträgen, d.h. zu mindestens Fr. 1'500.–, zu verpflichten (vgl. die vorstehend aufgeführten Rechtsbegehren; Urk. 9/318 S. 2). In der Folge wurden die Parteien auf den 20. September 2022 zur Beweis- und Schlussverhandlung und zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgeladen (Urk. 9/321). Am 16. September 2022 stellte der Beklagte die vorstehend aufgeführten Anträge zur Vollstreckung des Besuchsrechts (Urk. 9/323 S. 1), welche ebenfalls anlässlich der Verhandlung vom 20. September 2022 verhandelt wurden. Die begründete Fassung der eingangs wiedergegebenen vorinstanzlichen Verfügung betreffend Abänderung vorsorglicher Massnahmen vom 3. November 2022 wurde den Parteien am 20. März 2023 zugestellt (Urk. 9/348).

2. Dagegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 30. März 2023 innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte und gleichzeitig um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersuchte (Urk. 1 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 3. April 2023 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und dem Beklagten zugleich Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 7). Dieser ging innert Frist ein (vgl. Urk. 8). Die Berufungsantwort

der Klägerin datiert vom 5. Mai 2023 (Urk. 11) und wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 9. Mai 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 12). Nachdem keine weiteren Eingaben erfolgten, wurde den Parteien mit Verfügung vom 30. Mai 2023 mitgeteilt, dass kein weiterer Schriftenwechsel angeordnet und keine Berufungsverhandlung durchgeführt werde, mithin dass das Berufungsverfahren spruchreif und in die Phase der Urteilsberatung übergegangen sei (Urk. 14).

II.

1.1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine 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 (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) 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 Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu be-

schränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). 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). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.Hinw.).

1.2. Die Ausführungen des Beklagten in der Berufungsschrift unter dem Titel "Vorbemerkungen zur Prozessgeschichte" (Urk. 1 Rz. 8 ff.) weisen keinen erkennbaren Bezug zu den materiellen Erwägungen der Vorinstanz auf. Nach dem vorstehend in E. II.1.1 Dargelegten erweist sich die Berufung in diesem Teil deshalb als unbegründet. Entsprechend ist nicht weiter auf die darin erhobene allgemeine Kritik an der Vorinstanz einzugehen.

2. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel nur zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (und ohne Verzug vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO). In Zivilprozessen, welche – wie vorliegend – Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten betreffen, gilt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO). Hier können die Parteien im Berufungsverfahren Noven vorbringen, selbst wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Die von den Parteien im Berufungsverfahren vorgebrachten neuen Behauptungen und Urkunden sind daher vorliegend zu berücksichtigen.

III.

A) Unterhalt

1. Vorbemerkung

Die Vorinstanz verpflichtete den Beklagten zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen pro Kind von Fr. 460.– (reiner Barunterhalt) ab 1. April bis 31. Dezember 2022 bzw. von Fr. 1'500.– (reiner Barunterhalt) ab 1. Januar 2023 für die weitere Dauer des Verfahrens (Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 1). Der Beklagte beantragt berufsungsweise die Aufhebung dieser Unterhaltsverpflichtung (Urk. 1, Berufungsantrag 1). Umstritten sind die den Parteien von der Vorinstanz angerechneten Einkommen sowie diverse Bedarfspositionen.

2. Einkommen des Beklagten

2.1. Die Vorinstanz führte hinsichtlich des dem Beklagten angerechneten (hypothetischen) Einkommens insbesondere aus, mit Verfügung vom 30. August 2019 sei festgehalten worden, dass glaubhaft dargelegt worden sei, dass der Beklagte weiterhin nicht mehr als 50% in seinem Beruf arbeiten könne. Entsprechend sei festgestellt worden, dass er mit seinem ihm anzurechnenden Einkommen von Fr. 3'560.25 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens mangels Leistungsfähigkeit nicht in der Lage sei, Kinderunterhaltsbeiträge für die beiden Kinder C._____ und D._____ zu bezahlen. Zwischenzeitlich sei im Rahmen des Hauptverfahrens ein Gutachten zur Frage der Erwerbsfähigkeit des Beklagten eingeholt worden. Gemäss diesem Gutachten sei der Beklagte – bei einem ergonomisch optimal eingerichteten Arbeitsplatz mit höhenverstellbarem Pult – zu 100% arbeitsfähig. Ebenfalls liege der Entscheid des Kantonsgerichts E._____ vor, wonach eine Beschwerde des Beklagten gegen den ablehnenden Entscheid der SVA E._____ auf Zusprechung einer Invalidenrente abgewiesen worden sei. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Beklagte zwischenzeitlich eine neue Arbeitsstelle angetreten habe, in welcher er gemäss eigenen Angaben einen monatlichen Nettolohn von Fr. 4'096.– beziehe. Unter Berücksichtigung des 13. Monats-

lohnes entspreche dies einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 4'437.–. Die Grundlagen des Entscheids vom 30. August 2019 hätten sich daher in mehrfacher Hinsicht wesentlich verändert (Urk. 2 E. III.2.2 f.). Zu berücksichtigen sei vorliegend, dass der Beklagte für die Dauer des Verfahrens von den Besuchswochenenden abgesehen keine Pflege oder Erziehungsaufgaben übernehme. Entsprechend habe er grundsätzlich für den gesamten Barbedarf der Kinder aufzukommen, während die Klägerin ihren Anteil an den Unterhalt der Kinder in Form von persönlicher Betreuung und Erziehung leiste. Nachdem der Gutachter dem Beklagten eine volle Erwerbsfähigkeit attestiert habe und es ansonsten – insbesondere mangels weitergehender Betreuungspflichten – keine anderen Gründe gebe, weshalb dem Beklagten eine Vollzeiterwerbstätigkeit nicht zugemutet werden könne, habe der Beklagte zur Ausschöpfung seiner Leistungsfähigkeit einer vollen Erwerbstätigkeit nachzugehen. In seiner aktuellen Anstellung erziele der Beklagte bei einem 50% Pensum ein Einkommen von Fr. 4'718.60 brutto. Dies entspreche bei einem Vollzeitpensum einem Einkommen von Fr. 9'437.20. An seinem früheren Arbeitsplatz habe er bei einem Beschäftigungsgrad von 50% ein Bruttoeinkommen von Fr. 4'092.– erwirtschaftet, hochgerechnet auf 100% entspreche dies einem Einkommen von Fr. 8'184.–. Dies ergebe einen Mittelwert von rund Fr. 8'800.– brutto pro Monat. Die Erzielung eines Einkommens im Bereich seiner letzten beiden Anstellungen sei dem Beklagten zumutbar, zumal der Gutachter ihm in seiner angestammten Tätigkeit eine volle Erwerbsfähigkeit attestiert habe. Dieses Einkommen liege auch in dem Bereich, welches sich gemäss Salarium für eine Führungskraft des unteren Kaders für Dienstleistungen in der Informationstechnologie in der Region Nordwestschweiz ergebe. Unter Aufrechnung eines 13. Monatslohnes sowie unter Abzug von Sozial- und Pensionskassenabzügen von rund 15% entspreche dies einem Nettoeinkommen von Fr. 8'100.–. Beim Beklagten sei folglich vom 1. April 2022 bis zum 31. Dezember 2022 sein aktuell tatsächlich erzielttes Einkommen unter Anrechnung eines 13. Monatslohnes von Fr. 4'437.– zu berücksichtigen. Ab dem 1. Januar 2023 sei ihm ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von Fr. 8'100.– anzurechnen (Urk. 2 E. III.4.8 ff.).

2.2.1. Vorab ist Folgendes festzuhalten: Soweit der Beklagte in seiner Berufungsschrift diesen vorinstanzlichen Erwägungen bloss pauschal seinen bereits vor

Vorinstanz eingenommenen Standpunkt gegenüberstellt, wonach er aus gesundheitlichen Gründen kein 100% Pensum bestreiten könne (Urk. 1 Rz. 15 f., 19, 23, 39 f.; vgl. Prot. I S. 172, 186), kommt er seiner Begründungspflicht nach Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht nach. Den entsprechenden Ausführungen kommt insoweit auch keine selbständige Bedeutung zu. Dasselbe gilt, soweit der Beklagte sich darauf beschränkt, seine vorinstanzlichen Vorbringen zu wiederholen, wonach er kein Motiv habe, jedes Jahr auf ein Einkommen von circa Fr. 50'000.– zu verzichten (Urk. 1 Rz. 33; vgl. Prot. I S. 172), und wonach der Gutachter von einem fehlerhaften Stellenprofil ausgegangen sei (Urk. 1 Rz. 18, 26 f.; vgl. Urk. 9/313). Genau hiermit hat sich die Vorinstanz nämlich explizit auseinandergesetzt und ist zum Ergebnis gelangt, es erschliesse sich nicht, inwiefern der Beklagte aus seinen Einwendungen, dass der Gutachter von einem fehlerhaften Stellenprofil ausgegangen sei, etwas im Hinblick auf seine Arbeitsfähigkeit ableiten wolle. Die Schlussfolgerungen des Gutachters seien schlüssig und nachvollziehbar. Er nehme zu den vom Beklagten geäußerten Schmerzen Stellung und halte aufgrund seiner Diagnose fest, dass dem Beklagten häufige Arbeitspositionen im Sitzen ohne die Möglichkeit zur Entlastung nicht zumutbar seien. Inwiefern der Beklagte in seiner angestammten Tätigkeit körperlich schweren oder ständig mittelschweren Tätigkeiten ausgesetzt wäre, sei nicht nachvollziehbar. Ebenso sei nicht ersichtlich, inwiefern es dem Beklagten in seiner angestammten Tätigkeit nicht möglich sein sollte, zur Entlastung jeweils die Körperposition zu wechseln. Die Einwände des Beklagten vermöchten somit die vom Gutachter festgestellte volle Erwerbsfähigkeit nicht in Zweifel zu ziehen (Urk. 2 E. III.4.6).

2.2.2. Der Beklagte stellt zunächst das Vorliegen eines Abänderungsgrundes infolge Lohnentwicklung in Abrede (vgl. Urk. 1 Rz. 12). Er verweist zwar in Rz. 13 seiner Berufungsschrift (Urk. 1) auf sein "faktisches" Einkommen ab April 2022 von Fr. 4'176.45 (50% Pensum ohne Zulagen) und ab Februar 2023 von Fr. 3'217.60 (40% Pensum ohne Zulagen). In den Rz. 17, 19 und 41 seiner Berufungsschrift (Urk. 1) anerkennt er – wenn auch maximal – das von der Vorinstanz zugrunde gelegte Nettoeinkommen (inkl. 13. Monatslohn) für ein 50%-Pensum von Fr. 4'437.– (Urk. 9/345 E. III.2.3) jedoch ausdrücklich, weshalb vorliegend hiervon auszugehen ist. Stellt man dieses Einkommen von Fr. 4'437.– dem be-

klagtischen Einkommen von Fr. 3'560.25 gemäss Verfügung vom 30. August 2019 (Urk. 9/188) gegenüber, ist mit der Vorinstanz eine wesentliche Veränderung und damit ein Abänderungsgrund ohne Weiteres zu bejahen. Der Beklagte macht berufungsweise im Weiteren geltend, der ablehnende IV-Entscheid vom 24. Mai 2018 bilde vorliegend grundsätzlich keinen Abänderungsgrund, weil dieser der Vorinstanz zum Zeitpunkt der Verfügung am 30. August 2019 bereits bekannt gewesen sei. Da die Untersuchung des Gutachters gegenüber dem IV-Entscheid keinerlei neue Erkenntnisse gebracht habe, bestehe durch die Erstellung des Gutachtens auch kein neuer Abänderungsgrund (Urk. 1 Rz. 20). Vor dem Hintergrund, dass – wie dargetan – ein Abänderungsgrund in casu bereits aufgrund der Lohnentwicklung des Beklagten zu bejahen ist, kann die Frage, ob gestützt auf das Gutachten vom 30. Mai 2022 (Urk. 9/309) ein (weiterer) Abänderungsgrund vorliegt, offen gelassen werden.

2.2.3. Der Beklagte stellt sich in seiner Berufungsschrift im Weiteren auf den Standpunkt, das Gutachten vom 30. Mai 2022 (Urk. 9/309) sei nicht aussagekräftig (vgl. Urk. 1 Rz. 24 ff.).

Einleitend ist – wie bereits in der Verfügung betreffend aufschiebende Wirkung vom 3. April 2023 hervorgehoben (vgl. Urk. 7 E. 5.2) – zu bemerken, dass die vom Beklagten in diesem Zusammenhang offerierten Beweismittel nicht seinen einzelnen Behauptungen in den Rz. 24 ff. der Berufungsschrift (Urk. 1) zugeordnet, sondern allesamt am Ende dieser Ausführungen in Rz. 31 der Berufungsschrift (Urk. 1) aufgeführt werden, was dem Prinzip der Beweisverbindung (vgl. ZK ZPO - Hasenböhler, Art. 152 N 16) widerspricht, wonach die Beweismittel grundsätzlich unmittelbar im Anschluss an die entsprechende Tatsachenbehauptung angeboten werden müssen.

Der Beklagte führt einerseits aus, das Fazit des Gutachtens, dass eine Arbeitsfähigkeit zu 100% vorliege, stehe im Widerspruch zu den Arztzeugnissen, welche ihm durchgehend von Juli 2015 bzw. 2016 bis heute (und auf Weiteres) eine Arbeitsfähigkeit von nur 50% bescheinigten (Urk. 1 Rz. 21 ff., 31). Wie ebenfalls bereits in der Verfügung betreffend aufschiebende Wirkung vom 3. April 2023 dargelegt (Urk. 7 E. 5.2), führt der Beklagte (für diesen gesamten Zeitraum) lediglich

drei Arztzeugnisse (Urk. 5/10-12) an (Urk. 1 Rz. 23, 31), in welchen ihm ohne weitere Begründung eine teilweise Arbeitsunfähigkeit bescheinigt wird. Inwiefern diese einfachen Arbeitsunfähigkeitszeugnisse (ohne eine Beschreibung des Krankheitsbildes), ausgestellt durch zwei Ärzte für allgemeine innere Medizin einer Hausarztpraxis, geeignet sein sollen, die Feststellungen im gerichtlichen Gutachten vom 30. Mai 2022 mit einem Umfang von über 50 Seiten zu widerlegen, ist weder hinreichend dargetan noch ersichtlich (vgl. BGE 140 III 24 E. 3.3.3), zumal dem Gutachter die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit durch die behandelnden Ärzte bekannt war (Urk. 9/309 S. 2, 4 und 13 ff.) und ihm das Arztzeugnis von Dr. med. F._____ vom 7. Juli 2021 (Urk. 5/11) auch vorlag (Urk. 9/309 S. 25).

Andererseits bringt der Beklagte berufungsweise vor, das Gutachten sei einseitig verfasst worden. Seine Erläuterungen zum ganzen Zeitraum 2015 bis 2021 seien vom Gutachter nur marginal miteinbezogen worden; dies im Gegensatz zu den IV-Abklärungen, welche nur die Untersuchungen während den Jahren 2015 bis 2017 beinhaltet hätten. Seine späteren Untersuchungen bei Dr. G._____ von der Schmerzpraxis E._____ und bei Dr. H._____ von der Schmerzklinik E._____, welche von ihm im Rahmen des Gutachtens eingebracht worden seien, würden nicht ansatzweise im gleichen Umfang berücksichtigt wie die Einschätzung des IV-Gutachters, welcher klar das Ziel gehabt habe, ein Ergebnis zu erzielen, bei dem die IV ihm keine Rente zahlen müsse (Urk. 1 Rz. 28). In den Rz. 29 f. seiner Berufungsschrift (Urk. 1) macht der Beklagte sodann Ausführungen zu den Erkenntnissen von Dr. G._____ und Dr. H._____, welche er dem Gutachter geschildert habe, wobei er ihm die entsprechenden Röntgenbilder übergeben habe. Die Aussage dieser beiden renommierten Experten sei gewesen, so der Beklagte, dass die Schmerzen nicht langfristig verschwinden, sondern nur temporär gelindert werden könnten. Wie ebenfalls bereits in der Verfügung betreffend aufschiebende Wirkung vom 3. April 2023 dargelegt (Urk. 7 E. 5.2), nimmt die vom Beklagten geäußerte Kritik nur allgemein Bezug auf das gerichtliche Gutachten (Urk. 9/309); konkrete Verweise auf einzelne Stellen im Gutachten fehlen gänzlich. Der Beklagte reicht ferner keine entsprechenden Berichte der beiden von ihm genannten Ärzte ein, weshalb seine Vorbringen nicht über bloss (bestrittene, vgl. Urk. 11 Rz. 33) Behauptungen hinausgehen. Im Ergebnis hält der Beklagte dem

Gutachten somit im Wesentlichen nur seine abweichende Sichtweise entgegen, was nicht genügt, um die vorinstanzliche Würdigung, dass die Schlussfolgerungen des Gutachters schlüssig und nachvollziehbar seien (Urk. 2 E. III.4.6), umzustossen. Die Einschätzung der Vorinstanz, wonach insbesondere aufgrund des Gutachtens vom 30. Mai 2022 glaubhaft erscheint, dass der Beklagte bei einem ergonomisch optimal eingerichteten Arbeitsplatz ein 100%-Pensum leisten kann (vgl. Urk. 2 E. III.4.6), hat insofern Bestand.

Vorsorgliche Massnahmen regeln das in der Hauptsache umstrittene Rechtsverhältnis für die Dauer des Verfahrens. Sie müssen daher wesentlich schneller erlassen werden als das Urteil in der Hauptsache. Dies wird dadurch erreicht, dass einerseits das Verfahren abgekürzt wird, und andererseits, indem weniger Beweise erhoben werden. Das Beweismass reduziert sich auf die Glaubhaftmachung. Das Gericht hat daher bei der vorsorglichen Regelung der Unterhaltsbeiträge grundsätzlich auf die Vorbringen der Parteien sowie auf die bereits vorhandenen Beweismittel abzustellen. Langwierige Abklärungen, etwa durch Gutachten, sollten auch im Streitfall nicht die Regel sein, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände vorliegen (*OGer ZH LY130027 vom 11.06.2014, E. II.2b*; ZK ZGB-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 N 90). Erst Recht besteht kein Anspruch darauf, dass eine Vielzahl von Gutachten oder Obergutachten eingeholt wird (BGE 114 II 200 E. 2b). Soweit das Sachgericht gestützt auf die abgenommenen Beweismittel bereits seine Überzeugung hat bilden können, verletzt seine Weigerung, zusätzlich beantragte Beweismittel abzunehmen, weder den Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 ZPO; BGE 130 III 734 E. 2.2.3; BGer 5A_505/2013 vom 20. August 2013, E. 5.2.1) noch den verfassungsmässigen Beweisanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 140 I 285 E. 6.3.1; BGer 5A_529/2014 vom 18. Februar 2015, E. 2.3; *OGer ZH LY190028 vom 25.11.2019, E. III.A.2.2*). Solche besonderen Umstände, welche die Einholung eines (weiteren) Gutachtens erforderlich machen würden, wurden weder dargetan noch sind sie ersichtlich, weshalb sich die vom Beklagten beantragte Einholung eines "gerichtlichen Gegengutachtens zur Arbeitsfähigkeit des Berufungsklägers" (Urk. 1 Rz. 25) vorliegend nicht aufdrängt.

2.2.4. Der Beklagte lässt in den Rz. 34 und 70 ff. der Berufungsschrift (Urk. 1) ausführen, die Familie A. _____ B. _____ könne ihre Ausgaben auch ohne Anrechnung eines hypothetischen Einkommens seinerseits ohne Not decken, und verweist auf seine Berechnungstabellen in den Rz. 69 und 72 der Berufungsschrift (Urk. 1). Daraus ergebe sich, so der Beklagte, dass die Klägerin ihren Bedarf und den Bedarf der beiden Söhne bei einem Arbeitspensum von 80% und einem Nettoeinkommen von Fr. 8'866.– ohne Not decken könne und sogar einen Überschuss von mehr als Fr. 2'500.– pro Monat zur Verfügung habe. Selbst wenn die Klägerin weiterhin nur 60% arbeiten und ein Nettolohn von Fr. 6'677.– berücksichtigt würde, könnte sie ihren Bedarf und den (reduzierten) Bedarf ihrer Kinder decken. Im Lichte dieser Berechnungsgrundlagen sei es schlicht willkürlich, ihm, der von Schmerzen geplagt und nur zu 50% arbeitsfähig sei, ein absolut überhöhtes hypothetisches Einkommen von Fr. 8'100.– anzurechnen.

Dieser Einwand zielt ins Leere. Wie auch von der Klägerin in Rz. 41 f. ihrer Berufungsantwort (Urk. 11) unterstrichen, verkennt der Beklagte, dass gemäss Art. 276 Abs. 1 und 2 ZGB grundsätzlich die Eltern gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den in Form von Pflege, Erziehung und Geld zu erbringenden Unterhalt sorgen. Dies gilt an sich auch für den gesamten Geldunterhalt, dessen Umfang sich nach Art. 285 Abs. 1 und 2 ZGB bemisst. Soweit die Elternteile getrennt leben und deshalb auch getrennte Haushaltskassen führen, wird praktisch relevant, wer an wen welchen Geldbetrag zu entrichten hat. Im Streitfall hat das Gericht dies im Unterhaltstitel festzulegen. Das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 II 265 E. 5.5 explizit festgehalten, was folgt: Steht das Kind unter der alleinigen Obhut des Elternteils, indem es in dessen Haushalt lebt und den anderen Elternteil nur im Rahmen des Besuchs- und Ferienrechts sieht, so leistet der obhutsberechtigte Elternteil seinen Unterhaltsbeitrag bereits vollständig in natura, indem er dem Kind Pflege und Erziehung erweist (sog. Naturalunterhalt). Diesfalls fällt der Geldunterhalt vor dem Hintergrund der Gleichwertigkeit von Geld- und Naturalunterhalt (BGE 135 III 66 E. 4; BGE 114 II 26 E. 5b; ausdrücklich bestätigt für den geänderten Wortlaut von Art. 276 Abs. 2 ZGB in BGer 5A_727/2018 vom 22. August 2019, E. 4.3.2.1) vom Grundsatz her vollständig dem anderen Elternteil anheim. Die vorinstanzliche Konklusion, dass der Beklagte

für die Dauer des Verfahrens von den Besuchswochenenden abgesehen keine Pflege oder Erziehungsaufgaben übernehme und entsprechend grundsätzlich für den gesamten Barbedarf der Kinder aufzukommen habe (Urk. 2 E. III.4.8), steht mit dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Einklang.

2.2.5. Der Beklagte moniert schliesslich, es sei im Lichte des verfügten Besuchs- und Ferienrechts gar nicht möglich, dass er eine 100%-Anstellung antrete. Die vorliegende Betreuungssituation sei von ihm nicht gewollt, sondern ihm von der Vorinstanz so aufgezwungen worden, indem sein Antrag für eine alternierende Obhut auch nach acht Jahren des Rechtsstreits nicht bewilligt worden sei. Nach wie vor fair und im Sinne des Kindeswohls wäre es, wenn beide Elternteile je 182.5 Tage pro Jahr mit den Kindern verbringen könnten. Fakt sei, dass er neben den 26 Besuchswochenenden von Freitagnachmittag bis Sonntagabend auch während definierten Feiertagen und während 49 Ferientagen die Kinder betreue. Im Lichte dieser Betreuungsregelung und dieser Berechnung sei es somit rein rechnerisch nicht möglich, ihm irgendein hypothetisches Einkommen in einem 100%-Arbeitspensum anzurechnen (Urk. 1 Rz. 35 ff.).

Es ist hervorzuheben, dass die Anordnung einer alternierenden Obhut der Parteien gerade nicht Gegenstand des vorliegenden Massnahmenverfahrens ist (vgl. Urk. 9/318; Urk. 9/323). Mit der Betreuungsregelung gemäss Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen vorinstanzlichen Verfügung (Urk. 2), welche – wie aus nachfolgender Erwägung B) hervorgeht – mit dem vorliegenden Entscheid bestätigt wird, betreut der Beklagte die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitag, 18.40 Uhr, bis Sonntagabend, 17.25 Uhr, was auch unter Berücksichtigung der Anreisezeit des Beklagten aus dem Kanton E._____ mit einer Vollzeitberufstätigkeit kompatibel ist. Weiter betreut er die Kinder jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in den geraden Jahren von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 17.00 Uhr, und in den ungeraden Jahren von Pfingstsamstag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 17.00 Uhr. Hierbei handelt es sich allesamt um gesetzlich anerkannte Feiertage im Kanton E._____ wie auch im Kanton E'._____ (vgl.

www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/publiservice/service/zivilprozessrecht/kant-

feiertage.pdf, besucht am 23.05.2023), weshalb sich die Annahme rechtfertigt, dass der Beklagte auch bei einer Vollzeitberufstätigkeit verfügbar ist. Zwar ist mit dem Beklagten einig zu gehen, dass er mit den üblichen 25 Ferientagen nicht sieben Wochen pro Jahr selbst mit den Kindern in die Ferien fahren können. Er kann die Kinder aber, wie die vorinstanzliche Betreuungsregelung zum Ausdruck bringt, zu sich in die Ferien nehmen und auf eigene Kosten während seiner Arbeitszeit für ihre (Fremd-)Betreuung besorgt sein. Überdies ist schon seit dem Eheschutzentscheid vom 9. Oktober 2015 (Urk. 9/2, Dispositiv-Ziffer 3.3A) ausdrücklich vorgesehen, dass die Kinder innerhalb dieser sieben Wochen auch Ferien beim Grossvater väterlicherseits (ohne den Beklagten) verbringen dürfen. Das vorinstanzlich verfügte Besuchsrecht des Beklagten steht insofern einer Vollzeitberufstätigkeit nicht entgegen.

2.2.6. Es bleibt somit beim von der Vorinstanz berücksichtigten beklagten Einkommen von Fr. 4'437.– (1. April 2022 bis 31. Dezember 2022) bzw. von Fr. 8'100.– (ab 1. Januar 2023).

3. Einkommen der Klägerin

3.1. Die Vorinstanz rechnete der Klägerin vom 1. April 2022 bis zum 31. Dezember 2022, ausgehend von einem 80%-Pensum, ein Einkommen von Fr. 8'866.– netto und ab dem 1. Januar 2023, ausgehend von einem 60%-Pensum, ein solches von Fr. 6'677.– netto an. Sie führte aus, die Klägerin sei seit August 2017 – und damit seit mehr als fünf Jahren – in einem 60%-Pensum erwerbstätig. Inwiefern der Klägerin die Aufrechterhaltung dieses Arbeitspensums nicht mehr zugemutet werden könne, lege diese nicht substantiiert dar. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass die Kinder zwischenzeitlich bereits die 4. bzw. 5. Klasse besuchten und daher schon viel selbständiger seien. Wie die Klägerin richtig vorbringe, sei gemäss aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung ab Eintritt des jüngsten Kindes in den Kindergarten eine Erwerbstätigkeit von 50% sowie ab Eintritt des jüngsten Kindes in die Sekundarstufe I eine solche von 80% zumutbar. Dabei handle es sich jedoch lediglich um Richtlinien, von denen im Einzelfall aufgrund pflichtgemässer richterlicher Ermessensausübung abgewichen werden könne. Nachvollziehbare Gründe, weshalb ihr die Aufrechterhaltung eines Ar-

beitspensums von 60% künftig nicht mehr zumutbar sein sollte, bringe die Klägerin nicht vor. Hingegen könne die Klägerin nicht verpflichtet werden, das zwischenzeitlich geleistete Pensum von 80% aufrechtzuerhalten. Weder sei sie in der Vergangenheit nebst der Kinderbetreuung in einem solchen Pensum erwerbstätig gewesen noch sei ein solches aufgrund der Rechtsprechung zumutbar. Darüber hinaus sei auch aufgrund der finanziellen Verhältnisse ein Pensum von 80% nicht erforderlich. Entsprechend sei bei der Klägerin ab 1. Januar 2023 von einer Erwerbstätigkeit von 60% auszugehen (Urk. 2 E. III.5.2).

3.2. Der Beklagte dringt mit seiner Kritik gegen die vorinstanzliche Einkommensberechnung der Klägerin nicht durch. Soweit er zunächst vorbringt, die Vorinstanz widerspreche sich in E. 5.1 und E. 5.2 des angefochtenen Entscheides selbst, indem sie zuerst ausführe, die Klägerin arbeite derzeit in einem 80% Pensum, um dann unter E. 5.2 zu behaupten, die Klägerin würde seit August 2017 in einem 60% Pensum tätig sein (Urk. 1 Rz. 42), betreibt er Wortklauberei. Aus den entsprechenden Erwägungen III.5.1 f. des angefochtenen Entscheides (Urk. 2) geht unmissverständlich hervor, dass die Vorinstanz – wie von der Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren dargetan (Urk. 9/318 Rz. 13 f.; Urk. 9/326 S. 1) – davon ausging, dass die Klägerin während den vergangenen fünf Jahren grundsätzlich in einem 60%-Pensum tätig war und nur zwischenzeitlich (aufgrund ihrer angespannten finanziellen Situation) ein Pensum von 80% leistete. In den Rz. 44 f. der Berufungsschrift (Urk. 1) wiederholt der Beklagte sodann lediglich seinen bereits vor Vorinstanz vertretenen Standpunkt, wonach die Klägerin jeweils auf einen Gerichtstermin hin ihr Pensum reduziert habe, um kurze Zeit später ihr Pensum wieder zu erhöhen (Prot. I. S. 172; Prot. I S. 190), und wonach sie die Übergabezeiten der Kinder am Freitagnachmittag jeweils nach hinten schiebe, um länger arbeiten zu können (Urk. 9/323 S. 2). Damit genügt er seiner Begründungspflicht nach Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht (vgl. E. II.1.1). Entgegen dem Beklagten ist schliesslich auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz nicht die lückenlose Edition von sämtlichen Lohnabrechnungen der Klägerin seit 1. April 2022 verlangte (Urk. 1 Rz. 46 ff.). Die Vorinstanz erwog, die Klägerin verweise bezüglich ihres Einkommens auf den Beschluss des Obergerichts vom 19. August 2022 (Urk. 2 E. III.5.3). Daraus ergibt sich, dass das Einkommen der Klägerin belegtermassen

bei einem 80%-Pensum Fr. 8'849.75 (inkl. Kinderzulagen) betrug (Urk. 9/327/3 E. 6). Dies entspreche, so die Vorinstanz weiter, unter Berücksichtigung eines Nettobonus von Fr. 5'000.– einem monatlichen Nettoeinkommen (ohne Kinderzulagen) von Fr. 8'866.–. Wenn die Klägerin ab 1. Januar 2023 ihr Arbeitspensum wieder auf 60% reduziere, werde sie mutmasslich wieder etwa gleich viel verdienen wie im Jahr 2021. Wie aus den Lohnabrechnungen Dezember 2020 bis Mai 2021 (Urk. 9/264/1) derselben Arbeitgeberin der Klägerin ersichtlich, habe ihr monatlicher Nettolohn damals mit einem 60%-Pensum Fr. 6'660.80 (inkl. Kinderzulagen) betragen, was unter Aufrechnung eines Nettobonus von Fr. 5'000.– ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 6'677.– ergebe (Urk. 2 E. III.5.3). Diese vorinstanzliche Einkommensberechnung steht denn auch im Einklang mit dem von der Klägerin ins Recht gelegten Nachtrag zum Arbeitsvertrag vom 27. April 2017 und 15. März 2022 zwischen I._____ AG und ihr, datierend vom 13. September 2022 (Urk. 9/327/2), der ein vertraglich vereinbartes Gehalt ab 1. Januar 2023 von Fr. 85'335.– pro Jahr (zuzüglich Bonus von Fr. 5'333.– pro Jahr) ausweist. Unter Berücksichtigung von Sozialabzügen von rund 13% ergibt sich daraus ebenfalls das von der Vorinstanz für ein 60%-Pensum angenommene Nettoeinkommen der Klägerin. Die Einkommensverhältnisse der Klägerin waren vor diesem Hintergrund ausreichend dokumentiert und eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO durch die Vorinstanz lässt sich im vorliegenden summarischen Verfahren nicht ausmachen.

4. Bedarf des Beklagten

4.1. Grundbetrag

Der Beklagte möchte in seinem Bedarf anstelle des von der Vorinstanz berücksichtigten Grundbetrages für eine alleinstehende Person von Fr. 1'200.– (Urk. 2 E. III.7.1) den Grundbetrag für ein Ehepaar von Fr. 1'700.– berücksichtigt wissen (Urk. 1 Rz. 51).

Die Vorinstanz führte aus, nachdem derzeit noch nicht absehbar sei, wie sich die Partnerschaft des Beklagten entwickle – insbesondere ob und wann die Lebenspartnerin des Beklagten dauerhaft in der Schweiz wohnhaft sein werde –, er-

scheine es sachgerecht, den Bedarf des Beklagten weiterhin als Alleinstehender zu berechnen (Urk. 2 E. III.7.1). Weder die Tatsache, dass die Partnerin des Beklagten hierzulande einen Deutschkurs erfolgreich abgeschlossen hat, noch der mit dem vom Beklagten neu eingereichten Visum (Urk. 5/21) untermauerte Umstand, dass seine Partnerin den Zeitraum von Oktober 2022 bis Januar 2023 bei ihm verbracht haben soll (Urk. 1 Rz. 52), vermögen diese vorinstanzliche Feststellung umzustossen. Der Beklagte bringt sodann in seiner Berufungsschrift bloss vor, seine Partnerin werde Anfang April 2023 wieder anreisen (Urk. 1 Rz. 52). Damit allein ist aber die Dauerhaftigkeit ihres Aufenthalts beim Beklagten in der Schweiz nach wie vor nicht überzeugend dargetan. In Anbetracht dessen, dass die Vorinstanz die Ehe der Parteien auf Antrag des Beklagten mit Teilurteil vom 3. Dezember 2021 geschieden hat (Urk. 9/280), verfängt die Argumentation des Beklagten in Rz. 51 seiner Berufungsschrift (Urk. 1), wonach er aufgrund der Dauer des Scheidungsverfahrens der Parteien seine aus einem Drittstaat stammende Partnerin schon viel zu lange nicht habe heiraten können und sie deshalb nicht längerfristig am selben Ort leben könnten, ohnehin nicht. Im Zusammenhang mit der vom Beklagten im Berufungsverfahren erneut geltend gemachten Unterstützungspflicht gegenüber seiner Partnerin (Urk. 1 Rz. 52) bleibt auf die zutreffende vorinstanzliche Erwägung zu verweisen, wonach selbstredend die Unterstützungspflicht gegenüber den minderjährigen Kindern einer allfälligen Unterstützungspflicht gegenüber der neuen Lebenspartnerin vorgeht (Art. 276a Abs. 1 ZGB) und diese Kosten im familienrechtlichen Existenzminimum des Beklagten nicht zu berücksichtigen sind (Urk. 2 S. 19).

4.2. Nebenkosten

Die vom Beklagten im Berufungsverfahren neu geltend gemachte Pauschale von Fr. 100.– für die erhöhten Nebenkosten infolge gestiegener Energiekosten (Urk. 1 Rz. 53) wurde von der Klägerin bestritten (Urk. 11 Rz. 62), durch keine aktuelle Nebenkostenabrechnung belegt und damit nicht glaubhaft gemacht. Darüber hinaus sind gemäss Ziffer II der Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums (vgl. BISchK 2009, S. 193 ff.) sämtliche Energiekosten (ohne Hei-

zung) ohnehin im Grundbetrag enthalten (vgl. *OGer ZH LY160030 vom 31.03.2017, E. C.2.2.f*).

4.3. Parkplatz / Mobilität

Die Vorinstanz sprach dem Fahrzeug des Beklagten die Kompetenzqualität ab und berücksichtigte in seinem Bedarf die Kosten für ein Monatsabonnement für den gesamten Tarifverbund Nordwestschweiz von Fr. 80.– (Urk. 2 E. III.7.6). Der Beklagte verlangt im Berufungsverfahren, es seien ihm die Autokosten von Fr. 250.– sowie die Parkplatzgebühren von Fr. 80.– im Bedarf anzurechnen. Während sich der Beklagte vor Vorinstanz noch auf die blosse Zeiteinsparung von einer Stunde pro Tag bei Benützung des Autos berief (vgl. Prot. I S. 172, 186), macht er nunmehr im Berufungsverfahren Folgendes geltend: Aufgrund seiner chronischen Erkrankung sei die Reisezeit zum Arbeitsplatz zu minimieren, damit er möglichst ohne grosse Schmerzen im Büro seine Arbeit verrichten könne. Die Belastung für Rücken bzw. Gelenke und damit die Schmerzen würden sich schon auf dem Arbeitsweg aufbauen. Wenn er einen Arbeitsweg habe, der 1 bis 1.5 Stunden am Tag länger sei, dann könne er entsprechend 1 bis 1.5 Stunden pro Tag weniger lang arbeiten, bis die Schmerzen unerträglich würden. Es sei ihm infolge seiner Schmerzen nicht zuzumuten, mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zur Arbeit zu fahren (Urk. 1 Rz. 54).

Wie bereits im Zusammenhang mit dem Einkommen des Beklagten ausgeführt, kommt der Gutachter Dr. med. J. _____ in seinem rheumatologischen Gutachten vom 30. Mai 2022 zum Schluss, die zuletzt ausgeübte Tätigkeit mit ergonomisch eingerichteten Arbeitsplatz entspreche einer optimal dem Leiden angepassten Tätigkeit und könne dem Beklagten uneingeschränkt zugemutet werden (Urk. 9/309 S. 53). Ausserdem hält der Gutachter fest, es könnten dem Beklagten keine die Hüftgelenke belastenden Arbeitspositionen zugemutet werden. Diese beinhalteten bezüglich der angestammten Tätigkeit vor allem häufige Arbeitspositionen im Sitzen, ohne die Möglichkeit, regelmässig zur Entlastung die Körperposition zu wechseln (Urk. 9/309 S. 49). Vor diesem Hintergrund und insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass dem Beklagten ein regelmässiger Wechsel der Körperposition in den öffentlichen Verkehrsmitteln viel eher möglich ist als im Au-

to, erscheint die Benützung der öffentlichen Verkehrsmitteln für seinen Arbeitsweg nicht unzumutbar.

4.4. Auswärtige Verpflegung

Die Vorinstanz führte aus, zu berücksichtigen seien lediglich Mehrauslagen für die auswärtige Verpflegung. Ein Betrag von rund Fr. 11.– pro Mahlzeit sei bereits mit dem Grundbetrag abgedeckt. Der Beklagte habe ausgeführt, mittags jeweils ein Sandwich zu essen. Entsprechend sei nicht davon auszugehen, dass ihm über diese Fr. 11.– Mehrkosten für die auswärtige Verpflegung entstünden, insbesondere seien solche vom Beklagten nicht belegt worden. Auch ab dem 1. Januar 2023 seien dem Beklagten keine Mehrkosten für die auswärtige Verpflegung anzurechnen. Der Beklagte arbeite bereits jetzt fünf Tage in der Woche und verrichte keine Schwerarbeit. Es sei daher nicht davon auszugehen, dass ihm künftig Mehrkosten für die auswärtige Verpflegung entstünden (Urk. 2 E. III.7.7).

Der Beklagte bestreitet in Rz. 57 seiner Berufungsschrift (Urk. 1), die Aussage gemacht zu haben, er würde mittags nur ein Sandwich essen. Dabei müsse es sich um eine Verwechslung mit der Aussage der Klägerin handeln. Wie die Klägerin in ihrer Berufungsantwort zu Recht einwendet (Urk. 11 Rz. 67), hat der Beklagte die entsprechende Aussage klar zu Protokoll gegeben (vgl. Prot. I S. 187). Obschon der Beklagte vor Vorinstanz im Nachgang zur Verhandlung vom 20. September 2022 Akteneinsicht verlangt hat (vgl. Urk. 9/350), hat er kein Gesuch um Protokollberichtigung im Sinne von Art. 235 Abs. 3 ZPO gestellt, weshalb dem vorliegenden Entscheid die entsprechende Aussage zugrunde zu legen ist. Das Argument des Beklagten, das angebliche Sandwich sei schon deshalb abwegig, da er 1.87 Meter gross sei bzw. 87 Kilogramm wiege und ein Sandwich niemals ausreichen würde, seinen täglichen Kalorienbedarf zu decken (Urk. 1 Rz. 58), überzeugt im Weiteren nicht. Mit dem vom Grundbetrag bereits abgedeckten Betrag von Fr. 11.– kann sich der Beklagte eine seinen Kalorienbedarf abdeckende Verpflegung kaufen bzw. zu Hause zubereiten. Die Notwendigkeit der vom Beklagten in Rz. 58 seiner Berufungsschrift (Urk. 1) erwähnten Besuche des Restaurants K._____ bzw. der Spitalkantine des Spitals L._____ und die dafür geltend gemachten Kosten wurden auch im Berufungsverfahren nicht glaubhaft gemacht.

Es bleibt daher dabei, dass im Bedarf des Beklagten keine Mehrkosten für die auswärtige Verpflegung zu berücksichtigen sind.

5. Bedarf der Klägerin

5.1. Mobilität

Der Beklagte kritisiert in Rz. 60 seiner Berufungsschrift (Urk. 1) die im von der Vorinstanz errechneten Bedarf der Klägerin enthaltenen Mobilitätskosten von Fr. 242.– für den ZVV-NetzPass für alle Zonen (Urk. 2 E. III.8.6). Entgegen dem Beklagten ist jedoch nicht davon auszugehen, dass die Klägerin aufgrund ihrer (Kader-)Position die Mobilitätskosten für das ZVV-Abonnement von ihrer Arbeitgeberin als "Fringe Benefit" bezahlt erhält (Urk. 1 Rz. 60). Weder aus dem im Recht liegenden Arbeitsvertrag der Klägerin vom 27. April 2017 (Urk. 9/152/2) bzw. dem Nachtrag zum Arbeitsvertrag vom 13. September 2022 (Urk. 9/327/2) noch aus den diversen Lohnabrechnungen (Urk. 9/264/1) bzw. Lohnausweisen der Klägerin (Urk. 9/45/30; Urk. 9/264/1) geht hervor, dass Kosten für die Mobilität von ihrer Arbeitgeberin übernommen werden. Die entsprechenden Auslagen für die Benützung des öffentlichen Verkehrs sind somit in den Bedarf der Klägerin einzurechnen, obschon sie – wie vom Beklagten weiter gerügt (Urk. 1 Rz. 60) – nicht belegt wurden, zumal offenkundig ist, dass die Klägerin die Strecke von ihrem Wohnort in M._____ zu ihrer Arbeitsstelle im Zürcher ... [Quartier] (vgl. Urk. 9/152/2 § 1) nicht kostenlos zu Fuss oder mit dem Fahrrad bewältigen kann.

5.2. Schuldentilgung

Die Vorinstanz führte aus, die Klägerin mache Schuldenabzahlungen von Fr. 320.– für das Anwaltshonorar ihrer früheren Rechtsvertreterin sowie Fr. 600.– Rückzahlungen an die Alimentenbevorschussung geltend. Anlässlich ihrer Befragung habe sie zudem geltend gemacht, Abzahlungen für die ausstehenden Gerichtskosten zu leisten, den genauen Betrag wisse sie jedoch nicht. Den Akten lasse sich entnehmen, dass die Klägerin einen Kredit bei der N._____ AG habe und sie dafür monatliche Raten in der Höhe von Fr. 241.20 bezahle. Ebenfalls habe die Klägerin eine Ratenzahlungsvereinbarung mit der Zentralen Inkassostel-

le der Gerichte eingereicht, wonach sie sich verpflichtet habe, monatliche Teilzahlungen in der Höhe von Fr. 100.– zu leisten. Ein entsprechender Dauerauftrag ergebe sich auch aus der eingereichten Aufstellung. Zutreffend sei weiter, dass die Klägerin verpflichtet worden sei, zu viel ausbezahlte Beträge der Alimentenhilfe im Betrag von Fr. 17'138.– zurückzuerstatten. Diese Rückerstattungen hätten an das "Amt für Jugend und Berufsberatung, Alimentenhilfe Bezirk M._____ ZH" als Zahlstelle zu erfolgen. Der eingereichten Zahlungsaufstellung seien jedoch monatliche Zahlungen an die Stadt M._____ "Steueramt" zu entnehmen. Auch auf der eingereichten Aufstellung der Daueraufträge seien monatliche Zahlungen in der Höhe von Fr. 600.– an die "Stadt M._____" aufgelistet. Es erscheine nicht glaubhaft, dass diese Zahlungen zu Gunsten der Alimentenbevorschussung geleistet würden, da diese gemäss dem Entscheid der Sozialbehörde M._____ an die Alimentenhilfe und nicht an die Stadt M._____ zu leisten seien. Viel eher scheine es sich dabei um Akontozahlungen für die Steuern zu handeln. Eine Abzahlungsvereinbarung oder Ähnliches habe die Klägerin nicht eingereicht, weshalb die von ihr geltend gemachten Kosten nicht im Bedarf berücksichtigt werden könnten. Gesamthaft seien daher lediglich Schuldentilgungen im Betrag von Fr. 341.– anzurechnen (Urk. 2 E. III.8.11).

Der Vorwurf des Beklagten in Rz. 61 seiner Berufungsschrift (Urk. 1), die Vorinstanz begründe nicht, warum sie den Betrag für die Schuldentilgung auf Fr. 341.– festlege, erweist sich angesichts dieser ausführlichen Begründung der Vorinstanz als haltlos. Soweit der Beklagte ohne konkreten Bezug zu diesen vorinstanzlichen Erwägungen pauschal die Verschuldung der Klägerin bzw. die Aufnahme eines Kredites bei der N._____ AG durch die Klägerin in Abrede stellt (Urk. 1 Rz. 61 f.), genügt er der Begründungspflicht nach Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht (vgl. E. II.1.1), weshalb sich Weiterungen erübrigen. Bei der neuen beklagti-schen Behauptung, dass die Klägerin über ein Barvermögen im sechsstelligen Bereich verfüge (Urk. 1 Rz. 62), handelt es sich – wie von ihm selbst angegeben – um eine reine Mutmassung des Beklagten, welche überdies von der Klägerin bestritten wurde (Urk. 11 Rz. 75). Schuldenabzahlungen in der Höhe von Fr. 341.– sind deshalb in den Bedarf der Klägerin einzurechnen.

6. Fremdbetreuungskosten der Kinder

Der Beklagte geht fehl in seiner Annahme, an den Tagen, an denen die Kinder am Nachmittag Unterricht hätten, werde keine Nachmittagsbetreuung benötigt (Urk. 1 Rz. 66 f.). Ein aktueller Stundenplan von D._____ liegt nicht im Recht. Bereits aus dem Stundenplan des älteren Sohnes C._____ (Urk. 9/324/1 = Urk. 5/24) ergibt sich jedoch, dass er am Montag und am Donnerstag jeweils um 16:00 Uhr und am Dienstag bereits um 15:00 Uhr Schulschluss hat. Die Klägerin arbeitet an den Tagen, an denen sie ganztags arbeitet, d.h. bis 31. Dezember 2022 jeweils montags, dienstags und donnerstags und ab 1. Januar 2023 jeweils montags und dienstags, während den normalen Bürozeiten von 8:30 Uhr bis 18:00 Uhr (Prot. I S. 180). Dazu kommt noch die für den Arbeitsweg benötigte Reisezeit. Einen zeh- und elfjährigen Jungen an drei bzw. zwei Tagen pro Woche nach Schulschluss während gut 3 ½ bzw. 2 ½ Stunden ohne Betreuung durch eine erwachsene Person sich selber zu überlassen, ist mit Blick auf das Kindeswohl nicht angezeigt. Rein schon angesichts des Alters der beiden Kinder erscheint eine Überwachung der Erledigung der Hausaufgaben sowie zeitweise Hilfestellung beim Lernen im Bedarfsfall erforderlich (vgl. *OGer ZH LE120042 vom 29.04.2013, E. III.A.4.1*). Auch ist davon auszugehen, dass sie (zumindest teilweise) noch Begleitung bei der Wahrnehmung von ausserschulischen Aktivitäten sowie der Pflege sozialer Kontakte zu anderen Kindern benötigen. Daran ändert auch nichts, dass die beiden Kinder nach Auffassung des Beklagten bei ihm in O._____ schon sehr selbständig seien (Urk. 1 Rz. 67). Der Beklagte macht berufsweise weiter geltend, die Klägerin sei auf die von ihr vor Vorinstanz geltend gemachten Fremdbetreuungskosten von Fr. 281.– zu behaften. Die Vorinstanz habe anstatt dessen zu Unrecht eine eigene Berechnung getätigt, welche zu einer stolzen Kostenposition von Fr. 720.– bzw. Fr. 520.– pro Kind pro Monat führe (Urk. 1 Rz. 65). Es ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin vor Vorinstanz zwar durch ihren Rechtsvertreter Fremdbetreuungskosten von Fr. 281.– pro Kind hat geltend machen lassen (Urk. 9/318 Rz. 25; Urk. 9/326 S. 4). Zugleich hat sie im Rahmen ihrer Befragung anlässlich der Verhandlung vom 20. September 2022 aber auch ausgeführt, die Kinder würden in Zukunft den zur Schule in P._____ gehörigen Hort besuchen. Sie bezahle den Nachmittag voll. Sie wisse gerade

nicht, wie viel die Betreuung koste, es stehe in den Unterlagen (Prot. I S. 181). Gestützt auf das im Recht liegende Anmeldeformular "Schulergänzende Tagesstrukturen während der Schulzeit zu Beginn des Schuljahres 2021/2022" (Urk. 9/264/9), aus welchem ein Tarif von Fr. 50.– für die Nachmittagsbetreuung von 15:15 bis 18:30 Uhr hervorgeht, hat die Vorinstanz ausgehend von vier Wochen pro Monat korrekterweise Kosten von Fr. 720.– bzw. ab der Pensumsreduktion der Klägerin ab 1. Januar 2023 von Fr. 520.– errechnet (Urk. 2 E. III.9.5). Dies gibt zu keinen Beanstandungen Anlass, zumal für alle Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten ohnehin uneingeschränkt die Untersuchungs- und Officialmaxime gilt und das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und nicht an die Parteianträge gebunden ist (Art. 296 ZPO; OGer LY210030 vom 24.08.2021, E. 4.1; OGer LY190012 vom 29.08.2019, E. II.2).

7. Fazit

Zusammenfassend erweisen sich die vom Beklagten gegen die vorinstanzliche Unterhaltsregelung erhobenen Rügen als unbegründet. Die Berufung ist insoweit abzuweisen und die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung sind zu bestätigen.

B) Vollstreckung Besuchsrecht

1. Die Vorinstanz erwog, es sei unbestritten, dass die Klägerin die Kinder seit den Sommerferien erst um 18:30 Uhr an den Zürcher Hauptbahnhof bringe. Als Grund dafür bringe die Klägerin vor, dass C._____ seit den Sommerferien jeweils am Freitag nach Schulschluss von 16:15 bis 17:45 Uhr einen Kletterkurs in Q._____ besuche. In den Akten finde sich eine Quittung der Kletterhalle R._____, welcher sich entnehmen lasse, dass C._____ den Kurs "... " besuche. Dieser finde gemäss der Internetseite – wie von der Klägerin ausgeführt – jeweils freitags von 16:15 bis 17:45 Uhr statt. Dieser Aufbaukurs für Kinder finde gemäss den im Internet abrufbaren Kursen lediglich am Freitag statt. Es sei daher nicht möglich, dass C._____ diesen Kurs an einem anderen Tag besuche. Es könne der Klägerin daher nicht vorgeworfen werden, dass sie diese Freizeitaktivität von C._____ absichtlich auf den Freitag gelegt habe. Es könne ihr daher auch nicht vorgewor-

fen werden, dass sie sich der Ausübung des Besuchsrechts in grundsätzlicher Weise entgegenstelle und den Kontakt zwischen den Kindern und dem Beklagten absichtlich zu verhindern versuche. Die Anordnung von Zwangsmassnahmen erweise sich einmal mehr als nicht gerechtfertigt. Es zeige sich jedoch, dass die derzeit geltende Fassung des Besuchsrechts aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse überholt sei und es daher angezeigt erscheine, diese (von Amtes wegen) an die veränderten Verhältnisse anzupassen. Die derzeit geltende Fassung des Besuchsrechts ergebe sich aus Ziffer 6 der Verfügung des hiesigen Gerichts vom 11. Juli 2019. Darin sei die Übergabezeit am Freitag auf 13:55 Uhr festgelegt worden. Diese Regelung rühre aus einer Zeit, als noch keines der beiden Kinder am Freitagnachmittag Schule gehabt habe. Gemäss dem eingereichten Stundenplan habe C._____ mittlerweile am Freitagnachmittag bis um 15:05 Uhr Schule. Zudem besuche er danach – wie bereits aufgezeigt – noch einen Kletterkurs. Die Festlegung der Übergabezeit habe sich am Kindeswohl zu orientieren. Gemäss dem eingereichten Brief besuche C._____ den Kletterkurs nach der Schule gerne. Er möchte diesen unbedingt wieder besuchen. Der Besuch dieses Kurses an einem anderen Tag sei derzeit nicht möglich. Es erscheine mit Blick auf das Kindeswohl nicht angemessen, C._____ den Besuch dieses Kletterkurses zugunsten des Wochenendbesuchsrechts des Beklagten zu verunmöglichen. Die Übergabezeit sei daher auf nach dem Kletterkurs festzulegen. Der Kletterkurs von C._____ dauere bis 17:45 Uhr. Daher sollte es der Klägerin möglich sein, mit den Kindern um 18:03 Uhr den Bus von der Haltestelle Q._____, S._____, an den Bahnhof Q._____ und von dort den Zug, welcher um 18:35 Uhr am Zürcher Hauptbahnhof ankomme, zu nehmen. Damit sei die Übergabe der Kinder künftig auf 18:40 Uhr beim Treffpunkt am Hauptbahnhof Zürich zu legen (Urk. 2 E. IV.3.2 ff.).

2.1. Der Beklagte begnügt sich im Berufungsverfahren hinsichtlich der vorinstanzlichen Besuchsrechtsregelung im Wesentlichen damit, seine vorinstanzlichen Vorbringen, wonach:

- damit die potentiell negativen Auswirkungen auf die Entwicklung des Sohnes D._____ ignoriert würden, da dieser am Freitag noch länger warten müsse, bis er zu ihm kommen könne (Prot. I S. 177),

- er das Angebot der Kletterhalle R._____ überprüft und festgestellt habe, dass momentan keine Kurse am Freitagabend angeboten würden (Prot. I S. 176 f.; Prot. I S. 190; Urk. 9/323 S. 2),
- offensichtlich sei, dass die Klägerin absichtlich ein Hobby auf den späteren Freitagnachmittag gelegt habe, damit sie einen vermeintlichen Grund vorweisen könne, beide Kinder später am Hauptbahnhof übergeben zu müssen (Prot. I S. 176 f.; Prot. I S. 190),
- die Klägerin das gleiche Vorgehen schon bezüglich dem Tennisunterricht der Kinder angewendet habe, wobei die Vorinstanz in ihrem Urteil vom 10. Januar 2019 noch zum Schluss gekommen sei, die Klägerin habe das Hobby vorsätzlich auf seine Besuchszeit am Freitagabend gelegt (Urk. 9/323 S. 2; Prot. I S. 190),

zu wiederholen (Urk. 1 Rz. 77 ff.).

Damit kommt er seiner Begründungspflicht erneut nicht nach (vgl. E. II.1.1). Der Vollständigkeit halber ist hinsichtlich des vom Beklagten neu eingereichten Screenshots der Website Kletterhalle R._____, Q._____ (Urk. 5/25), festzuhalten, dass die Klägerin dem Beklagten bereits vor Vorinstanz entgegnete, C._____ könne den Kurs am Freitagnachmittag in Absprache mit den Leitern besuchen. Es könne daher sein, dass der Kurs nicht offiziell auf der Internetseite des Anbieters zu finden sei (Prot. I S. 177). Zwar ist dem Beklagten dahingehend zuzustimmen, dass die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 10. Januar 2019 die Anpassung der Besuchszeiten aufgrund des Tennisunterrichts der Kinder als nicht angezeigt erachtete (Urk. 9/141 E. II.4.3.1 ff.). Der Vorwurf des Beklagten, die Vorinstanz entscheide in der gleichen Situation einmal so und einmal anders (Urk. 1 Rz. 81), verfängt aber insoweit schon nicht, als die damaligen Gesamtumstände nicht einfach pauschal der heutigen Ausgangslage gleichgestellt werden können. Insbesondere waren die Kinder damals auch noch deutlich jünger. Ausserdem wies die Vorinstanz die Parteien bereits damals – zu Recht – auf Folgendes hin: Hobbys werden mit zunehmendem Alter der Kinder in der Regel zeitintensiver und nehmen auch einen höheren Stellenwert im Leben der Kinder ein. Den Kindern sollte dabei eine uneingeschränkte Ausübung der Hobbys ermöglicht werden. Aufgrund der geographischen Distanz zwischen den Wohnorten der Parteien werden Anpassungen und wohl auch kurzfristige Änderungen der Besuchszeiten in diesem Zusammenhang wohl unerlässlich sein. Es bleibt zu hoffen, dass sich die Parteien

unter Berücksichtigung der Wünsche der Kinder in Zukunft bezüglich ausserschulischen Aktivitäten besser verständigen können (Urk. 9/141 E. II.4.3.7).

2.2. In Anbetracht des im Recht liegenden handgeschriebenen Briefes von C._____, wonach er den Kletterkurs sehr gern besuche und ihn unbedingt weiterführen wolle (Urk. 9/328), erscheint sodann das nicht über eine blosser Behauptung herausgehende neue Vorbringen des Beklagten, wonach C._____ schon länger nicht mehr ins Klettern gehe (Urk. 1 Rz. 78), nicht glaubhaft. Eine Verletzung des Kindeswohls aufgrund der vorinstanzlichen Besuchsrechtsregelung lässt sich des Weiteren – entgegen der beklagter Auffassung (Urk. 1 Rz. 77) – nicht ausmachen, verbleibt den Kindern doch jeweils immer noch ein volles Wochenende mit dem Beklagten. Ohnehin ist rund die Hälfte der vom Beklagten beanstandeten Verkürzung seines Besuchsrechtes um gut vier Stunden auf die Schulpflicht von C._____ (und angesichts ihres geringen Altersunterschiedes in Bälde wohl auch von D._____) und nicht auf den Kletterkurs zurückzuführen. Soweit der Beklagte eine Kindeswohlgefährdung im Weiteren aus dem Umstand ableiten möchte, dass er bei einer Übergabe um 18:40 Uhr nicht in Ruhe und erst viel später mit den Kindern zu Abend essen könne, weil er mit ihnen noch nach O._____ fahren müsse (Urk. 1 Rz. 77), ist ihm Folgendes entgegenzuhalten: Die beiden Söhne der Parteien sind 10 respektive 11 Jahre alt und somit nicht mehr im Kleinkindalter. Es erscheint vor diesem Hintergrund durchaus zumutbar, dass die Kinder alle zwei Wochen am Freitag der Besuchswochenenden des Beklagten jeweils ihr Abendessen im Zug in Form eines Picknicks oder allenfalls auch etwas später als üblich im Haushalt des Beklagten zu sich nehmen. Abschliessend bleibt darauf hinzuweisen, dass ohnehin fraglich erscheint, ob es dem Beklagten angesichts des ihm von der Vorinstanz angerechneten und mit dem vorliegenden Entscheid bestätigten 100%-Arbeitspensums sowie der von ihm zu bestreitenden Anreise aus E._____ überhaupt möglich wäre, den von ihm beantragten Übergabezeitpunkt um 15:52 Uhr einzuhalten, was aber vor dem Hintergrund des vorstehend Ausgeführten letztlich offenbleiben kann.

2.3. Die Berufung erweist sich somit auch in diesem Punkt als unbegründet, weshalb die Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung zu bestätigen ist.

IV.

1. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2 E. V). Dabei hat es sein Bewenden.

1.2. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beklagte vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind ihm die Prozesskosten in vollem Umfang aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 9 AnwGebV auf Fr. 3'877.20 (Fr. 3'600.– zuzüglich 7.7% MwSt., vgl. Urk. 11 S. 2) zu veranschlagen.

2. Sicherheit für die Parteientschädigung / unentgeltliche Rechtspflege

2.1. Die Klägerin stellt im Berufungsverfahren einen Antrag auf Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung. Eventualiter ersucht sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 11 S. 2, Rz. 124 ff.).

2.2. Im summarischen Verfahren ist mit Ausnahme des Rechtsschutzes in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) keine Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten (Art. 99 Abs. 3 lit. c ZPO), weshalb der entsprechende Antrag der Klägerin abzuweisen ist.

2.3. Nachdem der Klägerin im Rechtmittelverfahren ausgangsgemäss keine Gerichtskosten entstehen und ihr eine volle Parteientschädigung zuzusprechen ist (vgl. vorstehende E. IV.1.2), ist ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hinsichtlich der Gerichtskosten für das Berufungsverfahren gegenstandslos und abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Demgegenüber ist über ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung für das Berufungsverfahren zu entscheiden, da die Klägerin vorbrachte, die Parteientschädigung sei

bei der Gegenpartei nicht einbringlich (Urk. 11 Rz. 125, 131; vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Vorausgesetzt für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (und damit der unentgeltlichen Rechtsverteidigung) ist, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, muss ihre gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation berücksichtigt werden. Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse darzulegen und soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO I-Bühler, Art. 119 N 38). Legt eine Partei ihre finanzielle Situation nicht von sich aus schlüssig dar, obwohl sie um diese Obliegenheit weiss oder wissen muss, kann ihr Gesuch ohne vorgängige Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden. Das gilt insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien, denen das Wissen ihres Rechtsvertreters anzurechnen ist und die deshalb nicht als prozessual unbeholfen gelten können (vgl. BGer 4D_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3 m.w.Hinw.; BGer 5A_62/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 5.3; OGer ZH LY170026 vom 23.03.2018, E. IV.2.2).

Die Klägerin führt in Bezug auf ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung an, es werde dazu auf das Verfahren RY220005 verwiesen mit ihrem neu festgestellten Einkommen und Bedarf (Urk. 11 Rz. 132). Mit diesem (pauschalen) Verweis auf die Akten des Verfahrens Geschäfts-Nr. RY220005-O allein vermag die Klägerin ihre Mittellosigkeit nicht rechtsgenügend darzutun. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts ist, Akten eines anderen Verfahrens beizuziehen und darin die für die gesuchstellende Partei günstigen Unterlagen zusammenzusuchen (vgl. OGer ZH LY170026 vom 23.03.2018, E. IV.2.2). Auch lassen sich dem Entscheid vom 19. August 2022 im besagten Verfahren die finanziellen Verhältnisse der Klägerin nicht genügend entnehmen, wies die Kammer darin doch darauf hin, dass sie es unterlassen habe, aktuelle Belege zu ihrer Vermögenssituation, wie z.B. Bankauszüge, einzu-

reichen. Ebenso fehle die aktuelle Steuererklärung der Klägerin anhand derer ihre finanziellen Verhältnisse hätten überprüft werden können. Mithin komme die Klägerin ihrer Mitwirkungspflicht nicht nach, weshalb ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen sei (Urk. 9/327/3). Auch im vorliegenden Berufungsverfahren reicht die Klägerin überdies keinerlei Belege zu ihren aktuellen Vermögensverhältnissen ins Recht. Eine abschliessende Beurteilung der Mittellosigkeit der Klägerin ist insofern nicht möglich. Im Ergebnis ist der anwaltlich vertretenen und in prozessualer Hinsicht somit nicht unbeholfenen Klägerin vorzuhalten, ihre finanzielle Situation (insbesondere hinsichtlich ihrer Vermögensverhältnisse) nicht schlüssig dargelegt und insoweit ihre Mitwirkungspflicht verletzt zu haben. Von einer Nachfristansetzung ist nach dem vorstehend Ausgeführten abzusehen. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung ist damit abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Sicherheit für die Parteientschädigung wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird hinsichtlich der Gerichtskosten abgeschrieben.
3. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 3. November 2022 wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'877.20 zu bezahlen.
5. 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.

6. 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

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:
ip

