

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE190008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

Urteil vom 1. April 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 1. Februar 2019 (EE180302-L)**

Rechtsbegehren:

A. Des Gesuchstellers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei Ziffer 2 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben und die Obhut für die gemeinsame Tochter der Parteien C._____, geb. tt.mm.2009, dem Gesuchsteller zuzuteilen.
2. Eventualiter sei Ziffer 2 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben und den Parteien eine alternierende Obhut für die gemeinsame Tochter der Parteien C._____, geb. tt.mm.2009, zuzuteilen.
3. Es sei Ziffer 3 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben und der Gesuchsgegnerin ein gerichtliches Besuchsrecht zu gewähren.
4. Eventualiter sei Ziffer 3 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben und dem Gesuchsteller ein angemessenes Besuchsrecht zu gewähren.
5. Es sei Ziffer 5 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben und die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller für die gemeinsame Tochter der Parteien C._____, geb. tt.mm.2009, während des Getrenntlebens angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) von mindestens CHF 750.- zu bezahlen.
6. Eventualiter sei Ziffer 5 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben und es sei festzustellen der Gesuchsteller mangels Leistungsfähigkeit, der Gesuchsgegnerin für die gemeinsame Tochter der Parteien C._____, geb. tt.mm.2009, während des Getrenntlebens keinen Unterhalt bezahlen könne.
7. Es sei Ziffer 6 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben."

B. Der Gesuchsgegnerin (Urk. 12 S. 1, sinngemäss):

1. a) Das Gesuch des Gesuchstellers um Abänderung der Eheschutzmassnahmen vom 28. April 2017 (Anträge 1-7) sei abzuweisen.
- b) Eventualiter sei das Besuchsrecht in Abänderung von Dispositivziffer 3 des Entscheides vom 28. April 2017 neu festzulegen und der Gesuchsteller für berechtigt zu erklären, die Tochter C._____ jedes zweite Wochenende von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag 18.00 Uhr sowie jährlich am 26. Dez. auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

2. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 5'000.– zu zahlen.
3. Der Antrag des Gesuchstellers, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, ihm einen Prozesskostenvorschuss zu zahlen, sei abzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MwSt zu Lasten des Gesuchstellers.

Eventualiter, kann der Gesuchsteller nicht zu einem Prozesskostenbeitrag an die Gesuchsgegnerin verpflichtet werden, sei der Gesuchsgegnerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

**Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 1. Februar 2019:**

1. Das Gesuch wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'200.– (zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Die unentgeltliche Rechtsbeiständin der Gesuchsgegnerin wird vom Kanton Zürich entschädigt. Mit der Bezahlung der entsprechenden Honorarnote geht der Anspruch auf Parteientschädigung gemäss Ziffer 4 auf den Kanton Zürich über.
6. (Schriftliche Mitteilung)
7. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

(Urk. 29 S. 2 f.)

- " 1. Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 1. Februar 2019 (Geschäfts-Nr.: EE180302) vollumfänglich aufzuheben und wie folgt zu entscheiden:
- 1.1. Es sei Ziffer 2 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben und die Obhut für die gemeinsame Tochter der Parteien C._____, geb. tt.mm.2009, dem Gesuchsteller zuzuteilen.
 - 1.2. Eventualiter sei Ziffer 2 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben und den Parteien eine alternierende Obhut für die gemeinsame Tochter der Parteien C._____, geb. tt.mm.2009, zuzuteilen.
 - 1.3. Es sei Ziffer 3 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben und der Gesuchsgegnerin ein gerichtsübliches Besuchsrecht zu gewähren.
 - 1.4. Eventualiter sei Ziffer 3 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben und dem Gesuchsteller ein angemessenes Besuchsrecht zu gewähren.
 - 1.5. Es sei Ziffer 5 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben und die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller für die gemeinsame Tochter der Parteien C._____, geb. tt.mm.2009, während des Getrenntlebens angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) von mindestens CHF 750.- zu bezahlen.
 - 1.6. Eventualiter sei Ziffer 5 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben und es sei festzustellen der Gesuchsteller mangels Leistungsfähigkeit, der Gesuchsgegnerin für die gemeinsame Tochter der Parteien C._____, geb. tt.mm.2009, während des Getrenntlebens keinen Unterhalt bezahlen könne.
 - 1.7. Es sei Ziffer 6 des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 (EE160353) aufzuheben.
2. Eventualiter sei der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 1. Februar 2019 (Geschäfts-Nr.: EE180302) vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

A. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien sind seit dem tt. November 2007 miteinander verheiratet und Eltern der am tt.mm.2009 geborenen Tochter C._____ (Urk. 22/2). Mit Urteil vom 14. Dezember 2012 (Bezirksgericht) resp. 5. Juni 2013 (Obergericht) wurde das Getrenntleben der Parteien das erste Mal geregelt (Urk. 21/16/91 und 100). In der Folge nahmen die Parteien das Zusammenleben wieder auf. Seit November 2016 standen sich die Parteien erneut in einem Eheschutzverfahren gegenüber (Urk. 21/16/1). Der Eheschutzrichter regelte das Getrenntleben nach Durchführung des Hauptverfahrens - an welchem sich der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) nicht beteiligt hatte - und einer Kinderanhörung mit Urteil vom 28. April 2017 (Urk. 21/15). Am 9. Januar 2018 machte der Gesuchsteller bei der Vorinstanz ein Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren anhängig (Urk. 22/1), bestätigte seinen Scheidungswillen anlässlich der Anhörung der Parteien aber nicht, weshalb das gemeinsame Scheidungsbegehren mit Urteil vom 10. April 2018 abgewiesen wurde (Urk. 22/7).

2. Am 24. September 2018 begehrte der Gesuchsteller die Abänderung des Eheschutzurteils vom 28. April 2017 und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 1). Die Vorinstanz wies das Begehren nach Durchführung der Hauptverhandlung und einer Kinderanhörung mit Urteil vom 1. Februar 2019 vollumfänglich ab (Urk. 30). Hiergegen erhob der Gesuchsteller innert Frist Berufung und stellte die ebenfalls eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 29). Mit Beschluss vom 5. März 2019 wurde das Begehren des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen und ihm Frist angesetzt, um einen Vorschuss für die Gerichtskosten von Fr. 3'000.- zu leisten (Urk. 37). Dieser ging innert Frist ein (Urk. 38).

3. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

B. Vorbemerkungen

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. 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 Berufungsbeurteilung (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 (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

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). Die vom Gesuchsteller erstmals im Berufungsverfahren eingereichten Urkunden (Urk. 31/2-5) sowie die daraus abgeleiteten Vorbringen sind somit im Berufungsverfahren zu berücksichtigen.

3. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Dies bedeutet, dass sich der Berufungskläger substantiiert mit den angefochtenen Urteilsabwägungen auseinandersetzt und im Einzelnen aufzeigt, worin eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO) liegt. Es genügt nicht, wenn der Berufungskläger bloss den vorinstanzlich eingenommenen Rechtsstandpunkt wiederholt oder gar lediglich auf die Rechtsschriften in den Vorakten verweist. Vielmehr muss er die als fehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz zum Ausgangspunkt seiner Kritik machen. Die Berufungsinstanz ist nicht verpflichtet, den angefochtenen Entscheid von sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, es sei denn, diese träten offen zu

Tage (BGE 138 III 374, 375 E. 4.3.1; CAN 2012 Nr. 75 S. 206 f. sowie – mit weiteren Hinweisen – Seiler, Die Berufung nach ZPO, Basel 2013, N 893 ff., insb. N 896; Hohl, Procédure civil II, Bern 2010, N 2405 f.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 36 zu Art. 311 ZPO; ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 92 zu Art. 311 ZPO; CPC-Jeandin, N 3 zu Art. 311 CPC).

C. Abänderung des Eheschutzurteils

1. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, unter welchen Voraussetzungen Eheschutzmassnahmen abgeändert werden können (Urk. 30 S. 5). Auf diese Ausführungen kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden.

2. Obhut

2.1 Mit Eheschutzurteil vom 28. April 2017 wurde C._____ unter die alleinige Obhut der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegnerin) gestellt (Urk. 3, Dispositiv-Ziffer 2). Der Gesuchsteller hat vor Vorinstanz die Umtteilung der Obhut an ihn, eventualiter die Installierung einer alternierenden Obhut, verlangt (Urk. 1 S. 2).

2.2 Die Vorinstanz hat dieses Begehren abgewiesen und zur Begründung angeführt, der Gesuchsteller habe keine wesentliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse glaubhaft gemacht. Zwar stelle der Vorfall von häuslicher Gewalt vom 25. Dezember 2017, bei welchem die Gesuchsgegnerin in Anwesenheit von C._____ von ihrem damaligen Lebenspartner, D._____, in der gemeinsamen Wohnung verletzt worden sei, eine Kindeswohlgefährdung dar. Die Gesuchsgegnerin habe aber auf diesen Vorfall reagiert, indem sie sich von ihrem Lebenspartner getrennt habe und mit C._____ zunächst zum Gesuchsteller und anschliessend in eine neue Wohnung in Zürich-... gezogen sei. In der Folge habe sich die Gesuchsgegnerin darum bemüht, ihre Unabhängigkeit zu wahren und für C._____ durch den Umzug in eine für sie bereits bekannte Wohn- und Schulgegend erneut stabile Verhältnisse zu schaffen. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirkes Dielsdorf (fortan KESB Dielsdorf) habe mit Einver-

ständnis beider Parteien eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet. Damit seien sowohl von der Gesuchsgegnerin als auch von der KESB Dielsdorf die notwendigen und verhältnismässigen Massnahmen getroffen worden, um der Kindswohlgefährdung durch den erwähnten Vorfall zu begegnen (Urk. 30 S. 6 f.). Im Weiteren könne nicht davon ausgegangen werden, dass C._____ bei der Gesuchsgegnerin in instabilen Verhältnissen aufwachse. Zwar sei es seit dem Eheschutzentscheid vom 28. April 2017 zu gewissen Wohn- und Schulortwechseln gekommen. Diese seien aber durch unvorhersehbare Ereignisse ausgelöst worden und hätten zu keiner dauerhaften Instabilität in C._____s Leben geführt. Nach dem Vorfall häuslicher Gewalt sei der Gesuchsgegnerin kaum eine andere Wahl geblieben, als vorübergehend zum Gesuchsteller zu ziehen. Die Wohnsitzwechsel seit dem Eheschutzentscheid hätten sich auf den vorübergehenden Umzug zum Gesuchsteller nach Zürich-... und den anschliessenden Umzug in eine eigene Wohnung, ebenfalls in Zürich-..., beschränkt. Für weitere Schul- oder Wohnortwechsel in absehbarer Zeit bestünden keine Anzeichen. Insbesondere lägen keine Hinweise vor, welche auf eine geplante Rückkehr der Gesuchsgegnerin zu ihrem ehemaligen Lebenspartner schliessen liessen (Urk. 30 S. 8). Schliesslich sei auch nicht glaubhaft gemacht worden, dass die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller den persönlichen Verkehr mit C._____ verweigere. Solches gehe weder aus den Akten der KESB Dielsdorf noch der Kinderanhörung von C._____ hervor, welche ausgeführt habe, sie verbringe jedes zweite Wochenende beim Gesuchsteller und übernachtete jeweils bei ihm (Urk. 30 S. 9). Gesamthaft spreche die Wahrung der Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse klar gegen eine Umteilung der Obhut (Urk. 30 S. 9).

2.3 Der Gesuchsteller greift im Berufungsverfahren erneut den Vorfall der häuslichen Gewalt vom 25. Dezember 2017 auf und führt aus, es sei aktenkundig, dass D._____ gegen die Gesuchsgegnerin gewalttätig gewesen sei. Dabei sei der besagte Vorfall nur die Spitze des Eisbergs. Aus der Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts Dielsdorf vom 4. Januar 2018 gehe hervor, dass D._____ die Gesuchsgegnerin mehrmals geschlagen, geohrfeigt und sie mit den Füssen getreten habe. Die Gesuchsgegnerin sei nicht nur physisch, sondern auch psy-

chisch misshandelt worden. Zweimal habe die Gesuchsgegnerin gedacht, sie müsse sterben (Urk. 29 S. 6).

Es steht fest, dass der Vorfall vom 25. Dezember 2017 eine Kindswohlgefährdung darstellt. Dies wurde von der Vorinstanz zutreffend festgehalten (Urk. 30 S. 6). Sie ging in ihrem Entscheid aber davon aus, dass sowohl von der Gesuchsgegnerin selbst als auch von der KESB Dielsdorf die notwendigen und verhältnismässigen Massnahmen getroffen worden seien, um dieser Kindswohlgefährdung zu begegnen. Dem ist zuzustimmen. Die Gesuchsgegnerin hat sich von D._____ getrennt und ist mit C._____ in eine eigene Wohnung in Zürich-... gezogen. Wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend festgehalten hat, bestehen keine Hinweise dafür, dass die Gesuchsgegnerin eine Rückkehr zu ihrem ehemaligen Lebenspartner beabsichtigt. Wenn der Gesuchsteller im Berufungsverfahren geltend macht, die Gesuchsgegnerin habe sich gegenüber der KESB Dielsdorf mehrfach dahingehend geäussert, dass sie D._____ weiterhin liebe, er sie bedränge, wieder zu ihm zu ziehen, und sie angegeben habe, eine eigene Wohnung in der Nähe seines Wohnortes zu beziehen, um die Annäherung langsam angehen zu lassen (Urk. 29 S. 5), handelt es sich dabei um nicht näher spezifizierte Parteibehauptungen, welche in den Akten keine Stütze finden. Selbst wenn dies zutreffen würden, hat die Gesuchsgegnerin mit ihrem anschliessenden Verhalten das Gegenteil bewiesen. Sie ist nicht zu D._____ zurückgekehrt und hat sich auch keine Wohnung in seiner Nähe gesucht, sondern ist mit C._____ in eine eigene Wohnung in Zürich-... gezogen. C._____ wurde am 27. Februar 2018 im Schulhaus E._____, in welchem sie bereits die erste und teilweise die zweite Klasse besucht hatte, in die vierte Klasse eingeschult. Diese Umstände lassen nicht auf eine beabsichtigte Rückkehr der Gesuchsgegnerin zu ihrem ehemaligen Lebenspartner schliessen.

2.4 Weiter macht der Gesuchsteller geltend, die Gesuchsgegnerin sei mit der Erziehung und Betreuung von C._____ überfordert. Dieser Umstand könne nicht mit einer Beistandschaft aus der Welt geschafft werden. In der Realität sei es leider so, dass er der Gesuchsgegnerin immer wieder mit Rat und Tat und auch finanziell aushelfen müsse (Urk. 29 S. 6).

Der Gesuchsteller führt nicht aus, inwiefern die Gesuchsgegnerin mit der Erziehung und Betreuung von C._____ überfordert sein solle. Er führt keinen einzigen Umstand an, der auf eine eingeschränkte Erziehungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin schliessen lässt. Insbesondere ist die Tatsache, dass sich die Gesuchsgegnerin für Ratschläge an den Gesuchsteller wendet, kein Anzeichen für eine Überforderung in der Erziehung. Auch den KESB-Akten ist nichts bezüglich einer eingeschränkten Erziehungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin zu entnehmen. Die Beistandschaft wurde angeordnet, weil sich die Situation nach dem Vorfall häuslicher Gewalt und dem Umzug in eine eigene Wohnung noch nicht im Sinne des Kindeswohles ausreichend stabilisiert hatte. Die KESB Dielsdorf hatte den Eindruck, die Gesuchsgegnerin werde immer wieder von verschiedenen Seiten unter Druck gesetzt, was ihr den Weg in die Selbständigkeit und Unabhängigkeit erschwere. Sie sei aber bemüht, die Situation zu verändern, um mehr Selbständigkeit und Unabhängigkeit zu gewinnen. Die beistandschaftliche Unterstützung solle der Gesuchsgegnerin dabei helfen (vgl. Urk. 24/66 S. 3). Die Erziehungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin wird im KESB-Entscheid vom 14. Juni 2018 nicht in Frage gestellt. Vielmehr bezweckt die Kindesschutzmassnahme eine Unterstützung bei der Anpassung an die neuen Verhältnisse. Es bestehen damit keine Anhaltspunkte dafür, dass die Erziehungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin beeinträchtigt wäre. Die Vorinstanz hat daher zu Recht auf die Erstellung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens verzichtet (Urk. 30 S. 9).

2.5 Schliesslich wirft der Gesuchsteller der Vorinstanz vor, sich in Widersprüche zu verwickeln, wenn sie instabile Verhältnisse bei der Gesuchsgegnerin verneine, aber gleichzeitig den Gesuchsteller für die Unruhe im Leben der Gesuchsgegnerin und demjenigen von C._____ sowie die vielen Umzüge verantwortlich mache (Urk. 29 S. 5).

Die diesbezügliche Kritik des Gesuchstellers geht ins Leere. Die Vorinstanz macht den Gesuchsteller nicht für die Wohnortswechsel der Gesuchsgegnerin seit dem Eheschutzentscheid vom 28. April 2018 verantwortlich, sondern hat ausdrücklich ausgeführt, diese seien auf unvorhersehbare Ereignisse (wie die häusliche Gewalt) zurückzuführen (Urk. 30 S. 8). In der vom Gesuchsteller kritisierten

Ziff. III.1.3 des angefochtenen Entscheides hat die Vorinstanz lediglich die Parteibehauptungen der Gesuchsgegnerin widergegeben (Urk. 30 S. 7 f.).

2.6 Nach dem Gesagten ist eine Änderung der Obhutsregelung nicht angezeigt. Es bestehen keine Gründe, welche ein Abweichen vom bisher gelebten Modell rechtfertigen würden. Damit scheidet auch eine alternierende Obhut aus. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, wäre hierfür zusätzlich eine erhöhte Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern bezüglich der Organisation und des Informationsaustausches nötig, was vorliegend nicht der Fall sei (Urk. 30 S. 10). Mit diesen Ausführungen der Vorinstanz setzt sich der Gesuchsteller in seiner Berufung nicht auseinander und zeigt nicht auf, inwiefern diese fehlerhaft seien. Es bleibt damit bei der im Eheschutzentscheid vom 28. April 2017 festgesetzten Obhutsregelung.

3. Besuchsrecht

3.1 Im Eheschutzurteil vom 28. April 2017 wurde der Gesuchsteller für berechtigt erklärt, C._____ an jedem Sonntag von 11:00 bis 19:00 Uhr zu betreuen (Urk. 3, Dispositiv-Ziffer 3). Der Gesuchsteller hat vor Vorinstanz verlangt, ihm sei neu ein Besuchsrecht von Freitag Abend, 19:00 Uhr, bis Sonntag Abend, 18:00 Uhr, sowie ein Ferienbesuchsrecht von drei Wochen Ferien pro Jahr einzuräumen (Urk. 1 S. 2; Prot. S. 8).

3.2 Die Vorinstanz hat dieses Begehren abgewiesen. Zur Begründung hat sie angeführt, C._____ habe in der Kinderanhörung vom 19. Dezember 2018 ausgeführt, sie verbringe jedes zweite Wochenende beim Gesuchsteller und übernachtete auch jeweils eine Nacht bei ihm. Das Besuchsrecht des Gesuchstellers sei damit von der für die Erweiterung des gerichtlich festgelegten Besuchsrechts zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Art. 315b Abs. 2 ZGB, vgl. BGer 5A_102/2017) im Rahmen der errichteten Beistandschaft bereits erweitert worden (vgl. Urk. 13/1). Es bestehe daher kein Anlass, das Besuchsrecht im Rahmen des Abänderungsverfahrens (nochmals) anzupassen. Von einem Ferienbesuchsrecht sei derzeit abzusehen. Vielmehr sei die momentan gelebte Betreuungsregelung (inkl. Ferienbesuchsrecht) im Lichte des Kindeswohls und unter besonderer Be-

achtung des vom Bundesgericht stark gewichteten Kriteriums der Stabilität angemessen und entsprechend beizubehalten (Urk. 30 S. 11 f.).

Mit diesen vorinstanzlichen Erwägungen setzt sich der Gesuchsteller in der Berufung nicht auseinander. Er führt in erster Linie aus, ihm werde von der Vorinstanz vorgeworfen, dass er C._____ nach dem Eheschutzentscheid vom 28. April 2017 lediglich ein bis zwei Mal gesehen habe. Dabei werde verkannt, dass er damals den Eheschutzentscheid gar nicht gekannt habe und ihm auch die Adresse der Gesuchsgegnerin nicht bekannt gewesen sei (Urk. 29 S. 8). Die Vorinstanz hat ihren Entscheid bezüglich des Besuchsrechts aber in keiner Weise damit begründet, dass der Gesuchsteller C._____ nach ergangenem Eheschutzurteil nur sporadisch gesehen habe. Der Gesuchsteller macht damit nicht die Erwägungen der Vorinstanz zum Ausgangspunkt seiner Kritik und zeigt nicht auf, inwiefern die Urteilsbegründungen fehlerhaft sein sollen. Angesichts dessen hat es beim vorinstanzlichen Entscheid sein Bewenden.

4. Unterhalt

4.1 Der Gesuchsteller wurde im Eheschutzurteil vom 28. April 2017 verpflichtet, für die Tochter C._____ im Jahr 2017 Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'713.– (hiervon Fr. 2'984.– Betreuungsunterhalt) und ab 1. Januar 2018 für die weitere Dauer des Getrenntlebens Fr. 3'291.– (hiervon Fr. 1'412.– Betreuungsunterhalt) zu bezahlen (Urk. 3, Dispositiv-Ziffer 5). Für die Gesuchsgegnerin wurde ein Ehegattenunterhalt von Fr. 200.– pro Monat ab 1. Januar 2018 festgelegt (Urk. 3, Dispositiv-Ziffer 6). Der Unterhaltsberechnung wurde ein Einkommen des Gesuchstellers von Fr. 7'982.– als selbständiger Informatiker und Geschäftsführer der F._____ GmbH (Urk. 3 S. 13) und ein Bedarf von Fr. 4'294.– zu Grunde gelegt (Urk. 3 S. 15). Auf Seiten der Gesuchsgegnerin wurde ab 1. Januar 2018 von einem monatlichen Einkommen von Fr. 2'000.– und einem Bedarf von Fr. 3'412.– ausgegangen (Urk. 3 S. 13 f.). Der Gesuchsteller verlangt die Aufhebung seiner Unterhaltspflicht und fordert für den Fall, dass ihm die Obhut über C._____ zugeteilt werde, Kinderunterhaltsbeiträge von der Gesuchsgegnerin von Fr. 750.– pro Monat (Urk. 1 S. 2). Er begründet dieses Abänderungsbegehren zunächst mit der von ihm beantragten Obhutsumteilung. Ferner habe sich das im Eheschutzurteil vom 28. April

2017 festgesetzte Einkommen von Fr. 7'982.– als offensichtlich unrichtig herausgestellt. Er habe die selbständige Erwerbstätigkeit aufgegeben und verdiene als Arbeitnehmer nur noch rund Fr. 2'500.– pro Monat (Urk. 1 S. 6; Prot. S. 8, 13).

4.2 Die Vorinstanz hat dieses Begehren abgewiesen. Zur Begründung führt sie zunächst an, da die alleinige Obhut bei der Gesuchsgegnerin verbleibe, könne die Änderung der Unterhaltsbeiträge nicht mit der Änderung der Obhutzuteilung begründet werden (Urk. 2 S. 12). Was das Einkommen des Gesuchstellers betreffe, sei zwar ein solches von aktuell Fr. 2'321.85 belegt. Der Gesuchsteller habe es aber versäumt, darzulegen, weshalb ihm die Erzielung des damals im Eheschutzentscheid vom 28. April 2017 angerechneten Einkommens nicht mehr möglich sei. Wenn er die Einkommensberechnung im genannten Eheschutzentscheid als eindeutig unrichtig erachtet hätte, hätte er dies im Rahmen eines Rechtsmittels geltend machen müssen (Urk. 2 S. 13 f.).

4.3 Der Gesuchsteller verlangt auch im Berufungsverfahren eine Abänderung der Unterhaltsbeiträge als Folge der Umteilung der Obhut. Da es zu keiner Änderung der Obhutsregelung kommt (vgl. Erw. C.2), kann damit keine Abänderung der Unterhaltspflicht begründet werden.

4.4 Weiter macht der Gesuchsteller im Berufungsverfahren geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einem Einkommen von Fr. 7'982.– ausgegangen. Das seinerzeit im Eheschutzentscheid vom 28. April 2017 festgesetzte Einkommen von Fr. 7'982.– basiere wiederum auf dem obergerichtlichen Eheschutzurteil vom 5. Juni 2013. Seit diesem Zeitpunkt hätten die Parteien aber sowohl von August 2015 bis Ende 2016 sowie für mehrere Monate im Jahr 2018 zusammengelebt. Die Gesuchsgegnerin habe daher vom tiefen Einkommen des Gesuchstellers gewusst. Es könne daher nicht einfach tel quel auf das hypothetische Einkommen aus dem Jahr 2013 abgestellt werden, sondern es seien die Verhältnisse der gültigen Unterhaltsbeiträge mit denjenigen, wie sie heute bestünden, zu vergleichen (Urk. 29 S. 9).

Eheschutzmassnahmen können abgeändert werden, wenn der frühere Entscheid auf unzutreffenden Voraussetzungen beruht. Dies trifft namentlich dann zu, wenn

sich die tatsächlichen Umstände, die dem Eheschutzentscheid zugrunde gelegt wurden, nachträglich als unrichtig erwiesen bzw. nicht wie prognostiziert verwirklicht haben, oder wenn sich der Entscheid im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Eheschutzgericht erhebliche Tatsachen nicht bekannt gewesen sind (BSK ZGB I-Isenring/Kessler, Art. 179 N 4). In dieser Hinsicht sind die vorinstanzlichen Ausführungen, wonach eine unrichtige Einkommensberechnung nur im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens hätte geltend gemacht werden können, nicht zutreffend. Der Gesuchsteller hat es aber versäumt, im Berufungsverfahren aufzuzeigen, dass das im Eheschutzurteil vom 28. April 2017 festgesetzte Einkommen des Gesuchstellers unrichtig gewesen sei. Er bringt in dieser Hinsicht einzig vor, die Gesuchsgegnerin habe von seinem tiefen Einkommen gewusst, weil die Parteien von August 2015 bis Ende 2016 zusammengelebt hätten (Urk. 29 S. 9). Von welchem Einkommen korrekterweise hätte ausgegangen werden müssen, führt er - wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren - nicht aus. Unter diesen Umständen erübrigen sich weitere Ausführungen zur Frage, ob und wenn ja, inwiefern sich das im Eheschutzentscheid vom 28. April 2017 festgesetzte Einkommen von Fr. 7'982.- nachträglich als unrichtig erwiesen habe. Hierzu fehlen substantiierte Behauptungen vom glaubhaftmachungspflichtigen Gesuchsteller.

4.5 Schliesslich macht der Gesuchsteller geltend, es sei dargelegt und belegt, dass er nicht mehr selbständigerwerbend sei, sondern seine GmbH verkauft habe. Dies stelle eine wesentliche und dauerhafte Veränderung dar, welche eine Neubeurteilung der Parameter des Kinderunterhaltes nötig mache (Urk. 29 S. 9).

In der Tat ist aufgrund der eingereichten Lohnabrechnungen von März bis August 2018 ein Nettoeinkommen von Fr. 2'321.85 und damit eine erhebliche Reduktion der Leistungsfähigkeit belegt (Urk. 4/5). Dies hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten (Urk. 30 S. 13). Grundsätzlich ist für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge vom tatsächlich erzielten Einkommen auszugehen. Geht die Einkommensverminderung aber auf eine freiwillige und einseitige Entscheidung des Unterhaltspflichtigen zurück, ist eine solche Verschlechterung in der Regel unbeachtlich. Der Unterhaltsschuldner soll die Folgen seines einseitig getroffenen Entscheides selber

tragen und nicht auf den Unterhaltsgläubiger abwälzen können. Folglich ist von der bisherigen höheren Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten auszugehen und ihm dementsprechend ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 128 III 4 E. 4a; BGer 5C.163/2001 E. 2.c vom 18. Oktober 2001). Der Gesuchsteller macht keine Angaben dazu, weshalb er seine GmbH verkauft habe. Inwiefern es sich dabei um einen notwendigen Schritt oder eben um einen freiwilligen und einseitigen Einkommensverzicht gehandelt hat, kann daher nicht überprüft werden. Es würde aber dem Gesuchsteller obliegen, die Hintergründe der Einkommensreduktion darzulegen. Auch werden keinerlei Angaben dazu gemacht, weshalb der Gesuchsteller in seinem angestammten Beruf nicht an das seinerzeit erzielte Monatseinkommen von Fr. 7'982.– anknüpfen kann, obwohl er in seiner Arbeitsfähigkeit weder aus gesundheitlichen Gründen noch aufgrund von Betreuungsaufgaben eingeschränkt ist. Als ausgebildeter Informatiker ist in der Region Zürich bei einem 45-jährigen Schweizer mit mehreren Jahren Berufserfahrung mit einem durchschnittlichen Bruttoeinkommen von rund Fr. 8'900.– zu rechnen, was bei Sozialversicherungsabgaben von rund 12% einem Nettolohn von rund Fr. 7'800.– entspricht (<https://www.gate.bfs.admin.ch/salarium>). Weshalb der Gesuchsteller derart weit unter diesen Werten zurückbleibt und bloss Fr. 2'500.– verdient, ist nicht nachvollziehbar. Bei einer vorbestehenden Unterhaltspflicht reicht es nicht aus, bloss geltend zu machen, das Einkommen habe sich reduziert. Vielmehr ist darzulegen, was der Grund für die Reduktion war, dass diese unfreiwillig und von Dauer ist und dass alles in der Macht stehende unternommen wurde, um ihr entgegenzuwirken. Der Gesuchsteller blieb Erklärungen hierzu schuldig. Es werden keine Ausführungen über allfällige Suchbemühungen gemacht, und es ist nicht ersichtlich, dass sich der Gesuchsteller darum bemüht hätte, ein Einkommen zu erzielen, das ihm die Bezahlung der festgesetzten Unterhaltsbeiträge erlaubt. Unter diesen Umständen geht es nicht an, von einer massiv tieferen Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers auszugehen und der Gesuchsgegnerin und C._____ die Last einer Einkommensreduktion aufzubürden, welche in keiner Weise nachvollziehbar erscheint. Es ist mit der Vorinstanz von der im Eheschutzurteil vom

28. April 2017 festgesetzten Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers auszugehen. Damit liegt kein Abänderungsgrund vor.

4.6 Der Gesuchsteller macht keine weiteren Umstände geltend, welche zur Abänderung seiner Unterhaltspflicht führen könnten.

5. Fazit

Abschliessend ist festzuhalten, dass die Berufung mit Blick auf die gemachten Erwägungen abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen ist.

E. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 lit. a, c und d, § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss ist sie dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO), und mit seinem Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren nicht zuzusprechen: Dem Gesuchsteller zufolge seines Unterliegens, der Gesuchsgegnerin mangels relevantem Aufwand (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 1. Februar 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt, und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von Urk. 32/2-5 und 36 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 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, 1. April 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:

am